

Le Role et les Pouvoirs
DU JUGE
DANS LE CODE CIVIL SUISSE

UNIVERSITÉ DE GRENOBLE - FACULTÉ DE DROIT

LE ROLE ET LES POUVOIRS DU JUGE

DANS LE CODE CIVIL SUISSE

THÈSE

POUR LE DOCTORAT ÈS SCIENCES JURIDIQUES

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE LE 4 JUIN 1920

PAR

PIERRE LUCIEN-BRUN

LICENCIÉ ÈS LETTRES

IMPRIMERIE SAINT-BRUNO, GRENOBLE

F. EYMOND, DIRECTEUR

1920

UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

FACULTÉ DE DROIT

MM. **BALLEYDIER**, ❦ I, doyen, professeur de Droit Civil.

FOURNIER, ✻, ❦ I, membre de l'Institut, professeur à la Faculté de Droit de Paris, doyen honoraire.

CUCHE, ✻, ❦ I, professeur de Droit Pénal.

REBOUD, Croix de Guerre, ❦ I, professeur d'Economie politique.

PORTE, ❦ I, professeur d'Economie politique et d'Histoire des Doctrines Economiques.

CAILLEMER, ❦ I, professeur d'Histoire du Droit.

ROUGIER, ✻, Croix de Guerre, ❦ I, professeur de Droit Civil.

GUÉTAT, ✻, ❦ I, professeur honoraire.

BOUVIER, ❦ I, professeur à la Faculté de Droit de Lyon, chargé du Cours de Droit Administratif.

ROUAST, Croix de Guerre, agrégé, chargé de Cours de Droit Civil.

ESCARRA, Croix de Guerre, agrégé, chargé de Cours de Droit Commercial.

NOAILLES, agrégé, chargé de Cours de Droit romain.

NOVEL, ❦ I, chargé de Cours de Droit Civil.

LABORDE-LACOSTE, chargé de Cours de Procédure civile.

PÉTRAU-GAY, chargé de Cours d'Histoire du Droit.

PÉPY, Croix de Guerre, chargé de Cours de Droit Constitutionnel.

CHAVANIÉ, ❦ I, Secrétaire.

JURY DE LA THÈSE

Président : **M. CUCHE**, professeur.

Suffragants { **M. BALLEYDIER**, professeur, doyen.
M. LABORDE-LACOSTE, chargé de Cours.

DATE DE LA SOUTENANCE : 4 JUIN 1920

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

A LA MÉMOIRE DE MON FRÈRE,

TOMBÉ AU CHAMP D'HONNEUR

POUR LA DÉFENSE DE LA FRANCE

ABRÉVIATIONS USUELLES

C. C. : Code civil suisse.

C. O. : Code des Obligations (*a* : ancien, texte de 1881 — *r* : révisé, texte de 1912).

A. T. F. : Recueil officiel des Arrêts du Tribunal Fédéral.

Bull. Stén. : Bulletin sténographique officiel de l'Assemblée fédérale suisse (*Cons. Nat. :* Conseil National — *Cons. Et. :* Conseil des Etats).

Exp. Mot. : Exposé des Motifs de l'Avant projet du Département fédéral de Justice et de Police.

J. des Trib. : Journal des Tribunaux et Revue judiciaire, Lausanne.

Pr. des B. G. : Die Praxis des Bundesgerichts (La Jurisprudence du Tribunal Fédéral, Lausanne).

Sem. jud. : La Semaine judiciaire de Genève.

Schw. Jur. Zeit. : Die Schweizerische Juristen-Zeitung (La Revue suisse de jurisprudence, Zürich).

INTRODUCTION

A la date du 1er janvier 1912, par l'entrée en vigueur du Code civil et du Code révisé des Obligations, l'unification du droit civil, en dehors des matières spéciales expressément réservées aux législations cantonales (1), s'est trouvée en Suisse chose accomplie.

Lorsqu'une nation, étendue comme l'est la Confédération helvétique, possède près de trente législations civiles, dont plusieurs ne sont même pas condensées dans un Code, l'établissement d'une loi unique est d'une nécessité politique et présente des avantages matériels tels qu'on pourrait s'étonner qu'ils n'aient pas été plus tôt réalisés, si l'on ne savait avec quelle vigueur l'esprit public résiste en Suisse aux tendances centralisatrices du pouvoir fédéral.

Ce n'est que le 13 novembre 1898 qu'un referendum populaire étendit en Suisse la compétence législative fédérale à toutes les matières de droit civil (2).

Mais, dès 1892, M. Eugène Huber, professeur à l'Université de Berne, avait reçu le mandat officiel de préparer un avant-projet de Code civil (3), dont la publication eut lieu en 1900. En 1902, elle était suivie de celle d'un Exposé des Motifs de l'avant-projet, également rédigé par M. Huber, au nom du Département fédéral

---

(1) Titre préliminaire, art. 5, et Titre final, art. 52, 55, 57.

(2) Dès 1872, un projet de Constitution fédérale avait voulu donner compétence au législateur fédéral pour toutes les matières de droit civil et de procédure ; mais cette disposition le fit rejeter, à une faible majorité, par un referendum. La Constitution du 19 août 1874 réduisit cette compétence aux matières de l'état civil et du mariage, de la capacité civile, du droit des obligations, de la propriété littéraire et artistique, de la poursuite pour dettes et faillites : en suite de quoi fut notamment votée la loi du 14 juin 1881, qui constitua le premier Code fédéral des Obligations. Mais la nécessité d'achever l'unification du droit civil se faisait sentir chaque jour davantage et le principe en fut enfin admis en 1898 par 264.914 voix contre 101.762.

(3) Il nous a paru nécessaire de résumer en quelques lignes l'histoire de la préparation du Code, pour indiquer les principaux travaux préliminaires auxquels nous aurons à nous référer. Pour le détail, cf. Chaudé : *le nouveau Code civil suisse dans l'œuvre de la codification moderne*, et les Commentaires généraux du Code.

de Justice, et qui constitue un des documents les plus importants pour l'interprétation du Code. Une grande Commission d'Experts, où, à des magistrats, des professeurs et des députés, furent adjoints neuf techniciens, discuta et rédigea le projet de 1900 à 1903. Enfin, soumis au Parlement par un Message du Conseil fédéral le 28 mai 1904, le projet fut discuté par le Conseil National et le Conseil des Etats, de 1904 à 1907. Au cours de ces délibérations, il fut apporté au projet plus d'améliorations de détail que d'innovations fondamentales. La discussion terminée, le projet fut renvoyé à une Commission de rédaction, qui ne se contenta pas d'assurer la concordance exacte des trois textes, allemand, français et italien, considérés tous trois comme authentiques, mais qui précisa, là où il parut nécessaire, la pensée du législateur, combla des lacunes, supprima quelques contradictions. Le texte révisé fut adopté à l'unanimité par le Conseil national et le Conseil des Etats, le 10 décembre 1907, et, le *referendum* n'ayant pas été demandé, l'entrée en vigueur eut lieu à la date prévue.

En même temps, était poursuivie la révision du Code des Obligations de 1881, dont vingt ans d'application permettaient de distinguer les défauts et qu'il était nécessaire de mettre en harmonie avec le Code civil. L'avant-projet, rédigé aussi et dès 1901, par M. Huber, fut examiné par deux Commissions successives ; après discussion, il fut adopté à l'unanimité par les Chambres, le 30 mars 1911. Pressée par la nécessité de mettre le nouveau Code des Obligations en vigueur en même temps que le Code civil, la Commission d'Experts ne put d'ailleurs faire porter la révision que sur les articles 1 à 551, et les derniers titres (Sociétés commerciales, papiers valeurs et raisons de commerce) furent maintenus sans changement. A défaut d'une refonte générale (1) dont le projet n'est pas abandonné, des corrections importantes ont été apportées aux titres révisés, qui s'inspirent de l'esprit du Code civil et donnent une réelle unité à l'ensemble des deux Codes.

La fusion de nombreuses législations, qui avaient cherché leur inspiration générale dans des modèles étrangers très divers (2), et

---

(1) Après discussion, et pour réserver précisément une révision générale, le Code des Obligations a gardé son ancien numérotage, distinct de celui du Code civil.

(2) Les législations cantonales se divisaient en trois groupes principaux : le groupe des Cantons romands, directement inspiré du Code civil français, le groupe inspiré du Code civil autrichien, dont Berne offrait le principal exemple, enfin le groupe soumis à l'influence de la science alle-

en même temps s'étaient efforcées de maintenir les institutions locales traditionnelles, offrait aux rédacteurs du Code un difficile problème : ils l'ont heureusement résolu. Suivant, d'autre part, de si près le Code civil allemand, le Code suisse ne pouvait pas ne pas être influencé par cette œuvre imposante, qui apparaissait alors comme le dernier état de la science juridique ; il a su cependant garder son originalité et conserver un caractère essentiellement national (1).

Ce qui fait l'intérêt de ce Code, c'est, autant que d'être un aboutissement de la lente évolution des institutions juridiques, de se présenter comme l'œuvre la plus récente et, par certains côtés, la plus moderne, la plus avancée, de la codification ; et c'est moins d'avoir su mettre à profit le travail législatif accompli par les grandes Nations européennes, que de révéler le tempérament, l'esprit, les tendances de cette « démocratie historique » (2) unique en son genre qu'est la Suisse.

Le Code civil suisse a voulu être un droit populaire, souple, équitable.

Un droit populaire : moins qu'à faire une œuvre dogmatique et savante, d'une logique et d'une méthode rigoureuses, comme l'est le Code allemand, le législateur suisse a visé à traduire « les aspirations de la conscience populaire » (3) et à mettre la Loi à la portée de tous ceux qu'elle doit régir. Si l'envoi, par les autorités publiques, à chaque citoyn de la Confédération d'un exemplaire

---

mande et dont le Code de Zurich offrait le prototype (Cf. sur l'ancienne législation, Huber, *System und Geschichte des schweizerischen Privatrechts.*)

(1) « Cette codification, disait en 1916 M. Motta, président de la Confédération, au cours des débats engagés à l'Assemblée fédérale sur la neutralité de la Suisse, est, à mes yeux, l'œuvre intellectuelle et morale la plus remarquable que la Confédération ait réalisée depuis sa fondation. La Confédération a, par elle, montré sa volonté de s'affranchir des influences étrangères. Ceux qui ne cessent de parler du danger de l'influence étrangère, n'ont aucun droit à manifester de la froideur à l'égard de cette œuvre libératrice de la cohésion nationale ».

(2) Charles Benoist, *Revue des Deux Mondes*, 15 janvier 1895.

(3) *Exp. Mot.*, p. 2 : « Le législateur ne peut et ne doit être que l'instrument destiné à formuler les aspirations de la conscience populaire. Il les formulera dans les termes indiqués par l'état de la civilisation, par le courant des idées contemporaines, puisque aussi bien toute autre méthode empêcherait ces aspirations de se dégager et de s'exprimer nettement. Les lois doivent émaner de la conscience populaire, afin que tout homme intelligent qui a étudié les besoins de son époque ait le sentiment qu'elles ont été comme dictées par son cœur et sa raison. » (Sur le caractère populaire du Code suisse, Cf. Gény, *Livre du Centenaire*, II, p. 1027 et s., et Gaudemet, *eod. loc.* p. 970).

du Code n'a pu suffire à assurer de façon effective cette vulgarisation, du moins, en associant aux juristes, dans sa préparation, les représentants de toutes les classes et de tous les intérêts, en l'allégeant de principes abstraits, en recherchant une rédaction concise et claire, le législateur lui a donné des qualités très réelles de simplicité, de netteté, de brièveté.

Un droit souple : renonçant à immobiliser le droit dans des formules rigides, il a voulu que la codification n'arrêtât pas le progrès juridique, et que la loi pût s'adapter aisément aux situations nouvelles que créeraient les transformations sociales et l'évolution des mœurs ; il s'est abstenu d'édicter des prescriptions trop détaillées, d'abuser des règles interprétatives ; il a multiplié les renvois aux usages locaux et commerciaux.

Un droit équitable : il a eu le souci et l'ambition marquée de moraliser la loi, de faire « un droit plus humain », de corriger la stricte application de la loi et l'exécution rigoureuse des conventions par le respect des règles de la bonne foi et de l'équité.

De là, la suppression de tout formalisme inutile, la limitation intentionnelle de la réglementation légale ; une grande initiative laissée au juge pour tenir compte de toutes les circonstances, individualiser, si l'on peut s'exprimer ainsi, sa sentence, et y faire prévaloir l'équité ; son intervention autorisée ou requise plus fréquemment, soit dans les rapports de famille, soit dans l'exécution des conventions.

L'élargissement du rôle du juge et l'accroissement de ses pouvoirs : c'est une des conséquences principales que devait entraîner le choix de cette technique législative. Sans l'avoir peut-être recherchée pour elle-même, le législateur suisse ne l'a pas répudiée : il l'a au contraire favorisée et développée, avec la conviction qu'elle répondait à l'esprit général des institutions suisses et à l'organisation de ses Tribunaux.

Analyser le rôle, délimiter les pouvoirs que le Code civil suisse reconnaît au juge, ce sera le sujet de cette étude.

Il n'y sera fait état que du droit civil : les lois de procédure, lorsqu'elles fixent la compétence des tribunaux, lorsqu'elles règlent l'instruction du procès, l'administration de la preuve, les nullités de procédure, modifient elles aussi soit directement, soit par conséquence indirecte, les pouvoirs du juge. Mais, pour nous empêcher d'étendre nos recherches aux lois de la procédure, une raison décisive s'imposait : la procédure est restée en Suisse de la compétence du législateur cantonal, et présente une diversité, parfois peut-être un archaïsme, qui aurait enlevé tout intérêt aux conclusions que nous aurions cherché à tirer de leur analyse.

D'autre part, et pour une raison identique, nous devons laisser aussi de côté tout ce qui relève de la juridiction gracieuse, pour nous en tenir à la mission proprement contentieuse du juge : lorsque le juge intervient, en droit français, pour nommer un tuteur, homologuer l'avis d'un conseil de famille, donner une autorisation d'agir à la femme mariée en cas d'absence ou d'incapacité du mari, ce n'est pas en vertu de ses pouvoirs juridictionnels qu'il agit, mais bien plutôt avec une mission d'ordre administratif. Or, précisément pour cette raison, le Code suisse a, dans beaucoup de ces hypothèses, confié à la législation cantonale le soin de déterminer quelles autorités publiques exerceraient la mission de surveillance dont il fixe simplement l'objet et l'étendue (Titre final, art. 54), et il lui laisse expressément la liberté de désigner une autorité, soit de l'ordre administratif, soit de l'ordre judiciaire. Tel est le cas, par exemple, pour les autorités de tutelle (C. C., art. 361), pour les autorités chargées de la surveillance des fondations (C. C., art. 81) et du registre foncier (C. C., art. 953). Si, en fait, des magistrats appartenant au Corps judiciaire se voient confier tout ou partie de ces diverses missions (1), ce n'est plus comme juges, ni en exécution du Code civil qu'ils les exécuteront, et nous n'aurons donc pas à étudier les pouvoirs dont ils y disposent.

Dans ces limites, le sujet reste vaste encore, et déborde les brefs articles du Titre préliminaire où le législateur semble en avoir voulu lui-même condenser la substance.

Le juge est avant tout l'interprète du droit : dans chaque litige soumis à son examen et portant sur une question de droit, il doit rechercher la règle applicable et en déduire les conséquences juridiques. La cherchera-t-il dans la loi écrite seule, ou disposera-t-il d'autres sources, et dans quelle mesure ? L'ayant trouvée, comment en interprétera-t-il le sens et la portée ? Les pouvoirs du juge dans la recherche et l'interprétation de la règle de droit feront l'objet du chapitre I.

Mais le législateur suisse n'a pas cru que la stricte application du droit fût toujours conforme à la justice : la bonne foi met des limites à l'exercice des droits individuels et en interdit l'abus ; les circonstances de fait présentent une telle complexité qu'il est nécessaire que le juge en tienne compte, sans pourtant que sa liberté

---

(1) Comme autorités tutélaires ont été désignés par les différents Cantons, soit les Tribunaux de droit commun, soit les Autorités communales, soit des Commissions spécialement créées (Cf. *Bulletin de la Société d'Etudes législatives*, 1913, p. 284, Note de M. Huber).

d'appréciation tourne à l'arbitraire ; enfin, pour bien juger, il convient qu'il puisse se former librement sa conviction. Dans le Chapitre II, nous analyserons ces pouvoirs que le Code civil suisse, à l'encontre des législations formalistes, donne au juge pour lui permettre d'accorder sa sentence avec l'équité.

Ayant ainsi étudié la conception générale et théorique que le législateur s'est fait de la mission du juge, il en faudra rechercher dans l'ensemble du Code les applications pratiques : examen rapide et qui se limitera aux dispositions les plus nouvelles et les plus caractéristiques, mais qui fera ressortir l'intention du législateur de confier au juge un rôle de surveillance et de redresseur des relations juridiques, d'arbitre de la paix sociale (Chap. III).

Ce rôle, les Tribunaux suisses sont-ils préparés à le remplir ? Il serait vain d'étendre leur liberté d'action, s'ils n'étaient pas à même d'en user. Il convient donc d'examiner dans quelle mesure le système adopté par le Code s'accorde avec la composition et le fonctionnement des organes judiciaires (Chap. IV).

Enfin, dans un dernier chapitre, sans entreprendre de retracer en détail l'évolution historique des pouvoirs du juge, nous essayerons, en le rapprochant des précédents les plus immédiats, et par une esquisse des tendances contemporaines, telles que les révèlent les législations récentes ou les principaux systèmes doctrinaux, de marquer la place qu'y tient le Code civil suisse, les influences qu'il en a subies, la portée de ses innovations.

CHAPITRE PREMIER

LE JUGE INTERPRÈTE DU DROIT

Jusqu'à ces dernières années, le législateur, en général, n'attachait que peu d'intérêt à déterminer lui-même les sources diverses du droit et leur valeur respective ; il lui paraissait inutile de préciser au juge où il devait rechercher, et par quelle méthode, la règle de droit dont l'application à chaque espèce litigieuse constitue l'essentiel de sa mission contentieuse.

Ou bien le problème n'était abordé que par voie indirecte, et pour des raisons de circonstances : en abrogeant expressément le droit ancien, par suite le droit coutumier, dans toutes les matières régies par le Code civil, l'article 7 de la Loi du 30 Ventôse An XII aboutissait, en pratique, à faire de la loi écrite l'unique source du droit, conséquence qui dépassait peut-être la pensée des rédacteurs du Code.

Ou bien le problème était délibérément écarté comme étranger à l'objet d'une codification : c'est parce que la reconnaissance légale du droit coutumier a paru contraire à sa nature même, que le Code civil allemand n'en a admis le maintien que par prétérition (1), et, en l'allégeant de toutes les dispositions relatives aux règles de l'interprétation, ses auteurs ont estimé qu'elles devaient être l'œuvre de la doctrine et non pas de la loi.

(1) Cf. Saleilles, *Introduction à l'étude du droit civil allemand*, pp. 66 et s. et 88 et s.

Mais, précisément, le problème des sources du droit et celui des méthodes d'interprétation étaient passés, au moment où se préparait le Code suisse, au premier plan des recherches et des controverses doctrinales, tant en France qu'en Allemagne : il n'est besoin que de rappeler ici le livre fondamental de M. Gény (1) et les études multiples des juristes d'outre-Rhin sur le droit coutumier, la libre recherche du juge et l'interprétation judiciaire (2) : ces discussions d'école ont trouvé un écho naturel dans le Code civil suisse, qui a cherché à tirer de ce mouvement d'idées des conséquences pratiques (3).

D'autre part, ses rédacteurs ne pouvaient pas avoir, moins encore que ceux du Code Napoléon, l'illusion que leur œuvre fût complète et immuable ; à côté de la loi écrite, ils devaient faire place à d'autres sources du droit ; et, si le désir de relever l'autorité du juge les poussait à l'affranchir de la sujétion du texte de la loi, la composition même des Tribunaux suisses leur devait faire sentir l'utilité de lever pour eux les incertitudes qu'auraient pu provoquer les controverses des juristes, et de définir, au moins dans ses grandes lignes, leur mission d'interprètes du droit.

De là, l'Art. Ier du Code civil :

A. — *Application de la loi.*

« La loi régit toutes les matières auxquelles se rapportent la lettre ou l'esprit de l'une de ses dispositions.

A défaut d'une disposition légale applicable, le juge prononce selon le droit coutumier et, à défaut d'une coutume, selon les règles qu'il établirait s'il avait à faire acte de législateur.

Il s'inspire des solutions consacrées par la doctrine et la jurisprudence. »

L'Art. Ier a le champ d'application le plus étendu (4) : la rubri-

---

(1) Gény : *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif* (1re éd., 1899, 2e éd., revue et mise au courant, 1919 (Les références seront données sur la 2e éd.). Cf. aussi Saleilles, *op. cit.*, et *le Code civil et la méthode historique* dans le *Livre du Centenaire*, I, p. 95 & s.

(2) Notamment : O. Bülow, *Gesetz-und Richteramt*, 1885 — E. Ehrlich. *Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft*, 1903 — R. Stammler, *Die Lehre vom richtigen Recht*, 1902 — E. Zitelmann, *Lücken im Recht*, 1903 — M. Rumpf : *Gesetz und Richter*, 1906 — Gnaüs Flavius, *Der Kampf um die Rechtswissenchaft*, 1908 —, sans parler des commentateurs mêmes du Code, Windscheid, Crome, etc....

(3) Sur le droit pour le législateur de fixer lui-même les principes de l'interprétation juridique, Cf. Gény, *op. cit.*, § 88, t. I. p. 222.

(4) Il est inutile de souligner qu'il ne s'adresse cependant qu'au juge

que marginale, quoique faisant partie intégrante du texte, est trop étroite, et définit mal son objet et sa portée. La rubrique du texte allemand : « *Anwendung des Rechts* », plus compréhensive, est aussi plus exacte : l'Art. I[er] ne vise pas la loi seule, mais le droit en général, et il condense les principes généraux de l'interprétation juridique.

Il ne saurait s'agir, dans ce chapitre, de faire une analyse complète de l'Art. I[er] et d'exposer comment le Code civil suisse a résolu le problème des sources du droit (1). Notre sujet se limite à rechercher dans quelle mesure le rôle du juge en est atteint et ses pouvoirs en sont étendus. Mais, parce que les différentes sources du droit n'ont pas pour lui la même autorité, et que les diverses méthodes auxquelles il recourt pour en trouver l'expression lui laissent plus ou moins d'initiative, il faut, en reprenant l'ordre même du Code, examiner tour à tour : dans quelles limites le juge est lié par le texte de la loi, par la volonté du législateur — quelle autorité il doit reconnaître à la coutume, lorsqu'il en constate l'existence — quel pouvoir effectif il reçoit de la faculté qui lui est donnée de dire le droit, lorsqu'il ne le trouve pas formulé dans la loi écrite ou la coutume — quelles limites apporte à sa liberté la prescription de s'inspirer des théories doctrinales et des précédents jurisprudentiels.

---

civil ; car le droit pénal, par exemple, que domine le principe « *nulla pœna sine lege* » ne saurait admettre les méthodes d'interprétation que consacre l'Art. I[er], ni compter comme source de droit la libre recherche du juge.

Et, dans le droit civil, il ne régit que le droit fédéral : il n'appartenait pas, en effet, au législateur fédéral de déterminer l'autorité respective des sources du droit cantonal, et, après comme avant la promulgation du Code, le législateur cantonal pourrait, dans les matières maintenues à sa compétence par l'art. 5, prononcer, par exemple, l'exclusion formelle du droit coutumier.

(1) Ce sujet a été traité très complètement par le Doct. Max Gmür, professeur à l'Université de Berne, dans son livre : « *Die Anwendung des Rechts nach Art. I des schweizerischen Zivilgesetzbuches*, dont nous nous sommes, dans ce chapitre, largement servi. *Adde* un chapitre de l'épilogue ajouté par M. Gény dans la 2[e] éd. de son livre précité (Ch. III : Les pouvoirs du juge d'après le Code civil suisse du 10 décembre 1907, t. II, pp. 308-329).

§ 1

LE JUGE ET LA LOI

L'objet même de la codification est de faire prévaloir le droit écrit ; c'est seulement dans le silence de la loi que le juge peut désormais recourir aux autres sources du droit. Le Code débute donc en posant le principe général de cette prééminence de la loi ; mais sa brève formule a besoin de quelques commentaires.

Sur l'étendue du domaine de la loi, pas de difficulté théorique : la loi ne régit pas seulement les matières pour lesquelles elle contient une disposition expresse ; en rappelant au juge qu'il peut, en se guidant simplement sur son esprit, trouver la règle juridique applicable en l'espèce, le législateur lui prescrit de recourir aux divers procédés d'interprétation définis par la doctrine et depuis longtemps consacrés par la pratique judiciaire, à l'analogie notamment, pour en déduire d'autres applications que celles explicitement indiquées par le texte légal (1). Il n'était pas besoin que le Code le précisât, pour que le formalisme des époques primitives, l'application littérale et étroite du précepte juridique apparûssent contraires à ses intentions et étrangers à la technique du Code. Si bref qu'il soit, mais précisément parce qu'il s'est efforcé de créer un cadre légal souple et extensible, où pûssent rentrer les espèces infiniment variées de la vie sociale, le juge pourra presque toujours, s'il en veut approfondir l'esprit, y trouver les fondements de sa décision : avant de recourir à la libre recherche de la règle juridique, il doit s'assurer qu'à défaut d'un texte exprès et directement applicable, la combinaison des dispositions légales ne lui permet pas de s'appuyer sur un principe positif qui soustraie sa sentence aux incertitudes plus grandes d'une définition personnelle du droit.

En parlant de la lettre et de l'esprit de la loi, les rédacteurs du Code n'ont pas entendu les opposer l'une à l'autre, et, à côté d'une interprétation logique, admettre une interprétation purement grammaticale : même quand le texte de la loi lui paraît formel, le juge ne doit pas l'appliquer d'une façon mécanique, sans se préoccuper

(1) *Exp. Mot.* p. 30 — Huber, Cons. Nat., *Bull. Stén.* XVI, p. 1036.

du sens et de la portée que lui confère l'ensemble des règles du Code : l'esprit doit toujours informer et vivifier la lettre, et le juge doit s'arracher à cet automatisme auquel certains philosophes ont parfois voulu réduire sa mission (1). Du fait seulement que le législateur suisse a éliminé la méthode casuistique, qu'il a renoncé à prévoir tous les rapports juridiques pour les régir par des prescriptions formelles, et qu'au contraire, il s'est attaché à formuler surtout des principes généraux, il résulte que le juge devra se reposer moins sur la lettre de la loi, et creuser davantage l'esprit de ses dispositions : son rôle d'interprète s'en trouve relevé et élargi d'autant.

Ici une question se pose qui est à la base de toutes les règles de l'interprétation : où le juge doit-il rechercher le sens et la portée de la loi ? La doctrine classique répond que, la loi étant l'expression de la volonté consciente et réfléchie du législateur, « interpréter la loi revient simplement à chercher le contenu de la volonté législative à l'aide de la formule qui l'exprime » (2), et que, si la formule même laisse subsister quelque doute, il en faut éclairer le sens en recherchant quelle était l'intention du législateur lorsqu'il promulguait la loi.

Une première objection surgit : l'institution du *referendum* (3) n'oblige-t-elle pas à conclure qu'en Suisse c'est le peuple lui-même qui détient l'autorité législative souveraine ? Cette autorité, il la manifeste expressément quand le *referendum* est demandé, et qu'à la majorité des suffrages il adopte ou rejette le projet de loi soumis à son approbation ; le fait qu'une loi ne devient exécutoire qu'après l'expiration des délais pendant lesquels le *referendum* peut être demandé prouve, d'autre part, que seule la volonté, au moins implicite, du peuple peut lui donner cette force exécutoire. Or, le vote ayant lieu dans le *referendum* par « oui » et par « non », le suffrage universel adopte ou rejette en bloc le projet, et il est impossible pour le juge d'y trouver des éléments d'interprétation. De là, des juristes ont conclu qu'on ne pouvait chercher la volonté

---

(1) Cf. un exemple d'interprétation rationnelle, mais très libre, à l'égard du texte légal, dans un arrêt du T. F. du 31 octobre 1913 (*J. des Trib.*, 1914, D. F., pp. 101 et s.) : malgré l'art. 38 § 2 qui dispose que les effets de la déclaration d'absence remontent au jour du danger de mort ou des dernières nouvelles, le T. F. déclare « conforme à la raison et à l'équité d'admettre que les droits de mutation sur la succession de l'absent doivent être prélevés sur la valeur des biens, calculés non au jour du décès présumé, mais au jour de la mutation réelle, c'est-à-dire du prononcé de la situation réelle ».

(2) Gény, *op. cit.*, § 98. t. I, p. 265.

(3) Article 89 de la Constitution fédérale.

du législateur en dehors du texte même de la loi (1). Une telle solution est trop absolue : placer le juge en présence du texte pur et simple de la loi, sans admettre que rien l'explique ni le complète, c'est presque en abandonner l'interprétation à son libre arbitre. Si l'Assemblée fédérale doit soumettre son œuvre législative à la sanction du peuple, il n'en est pas moins vrai que c'est elle qui donne son expression à la volonté populaire, et étant déléguée pour établir la loi, elle est la première qualifiée pour en définir le contenu.

C'est donc toujours un devoir du juge, si le sens du texte est obscur, de s'aider des travaux préparatoires pour le préciser. Il doit le faire avec discernement : d'un Exposé officiel des Motifs, tel que celui qui accompagnait l'avant-projet du Code civil suisse, aux simples observations lancées par un membre de l'Assemblée législative dans une discussion orale, des opinions multiples et souvent divergentes se manifestent, dont l'autorité va décroissante, mais sans qu'il soit facile, ni parfois même possible, de préciser le degré de créance qu'il faut attribuer à chacune d'elles.

Mais, alors même que l'intention du législateur, en ressortirait sans incertitude, le juge ne doit pas se croire lié par l'interprétation qu'il avait attachée au texte au moment de sa promulgation.

Le Code suisse, en effet, se détache de la doctrine dominante aux premiers temps de la codification, et d'après laquelle le législateur seul pouvait donner à la loi son sens et sa portée. De cette doctrine, la conséquence extrême était le principe de l'interprétation authentique, la possibilité ou même l'obligation de demander après coup au législateur l'explication du texte voté par lui. Le Code suisse ne fait aucune place à l'interprétation authentique : c'est au juge qu'appartient le droit souverain, sous la seule réserve que nous préciserons plus loin, de donner à la loi son interprétation.

Et, parce que les rédacteurs du Code ont expressément reconnu que « le législateur ne peut et ne doit être que l'instrument destiné à formuler les aspirations de la conscience populaire, dans les termes indiqués par l'état de la civilisation, par le courant des idées contemporaines » (2), il est naturel que le juge fasse passer au premier plan des éléments de l'interprétation la recherche du but que se proposait le législateur, et que, plus attentif à son but qu'aux moyens adoptés par lui, il s'inspire des nécessités sociales et économiques telles qu'elles lui apparaissent, et non telles que les envisageait le législateur.

---

(1) Speiser, *Zeitschrift fur Schw. Recht, n. Folge*, IV, p. 553 et s.
(2) *Exp. Mot.*, page 2.

Que ce soit l'intention des rédacteurs du Code, on peut l'inférer, comme le remarque M. Gmür, de la disposition de l'article premier relative à la libre recherche du juge : le Code n'ordonne pas au juge de prononcer selon les règles qu'il aurait établies s'il avait été le législateur, mais bien « selon les règles qu'il établirait s'il avait à faire acte de législateur ». C'est lui indiquer clairement qu'il doit s'inspirer des besoins présents : si tel est son devoir dans le silence de la loi, n'est-il pas nécessaire qu'il interprète la loi elle-même dans le sens des réalités ambiantes, sous peine de laisser s'établir entre la législation et la vie une discordance dont l'autorité de la loi serait la première à souffrir ?

Les commentateurs du Code, il est vrai, ne sont pas tous d'accord sur ce point. M. Martin, formé à l'école du Code Napoléon, se refuse à en sacrifier complètement les principes et, s'il admet que, pour satisfaire à des besoins nouveaux, le juge puisse déduire des textes légaux des conséquences que le législateur n'avait pu prévoir, il demande que, pour expliquer le sens de la loi, le juge continue de se référer aux travaux préparatoires (1).

M. Rossel estime qu'on ne courrait pas grand risque de se tromper en affirmant qu'il a plu au législateur suisse de ne pas choisir (2) ; mais il ne dissimule pas sa pensée personnelle que, dans un Etat démocratique où la loi est l'expression de la volonté générale, il est inadmissible de la tenir comme figée dans le cadre de ses formules, et que le législateur n'a gardé le silence sur cette question que pour laisser à l'interprétation son entière liberté.

Plus radical, M. Gmür rejette absolument la méthode de l'interprétation par la pensée du législateur : s'il consent que, dans les premiers temps de sa promulgation, on puisse utiliser avec profit les travaux préparatoires, il nie que l'interprète soit lié par eux, et surtout qu'il faille maintenir à la loi le sens strict qui lui était donné lors de sa promulgation ; cette méthode lui paraît contraire à la conception moderne de la loi : celle-ci ne doit plus être considérée comme une déclaration de volonté du législateur qui l'a promulguée, mais bien comme une déclaration de volonté permanente du peuple entier ; elle a sa vie propre et suit l'évolution des idées et des mœurs (3).

L'entrée en vigueur du Code civil est trop récente pour que des désaccords sérieux se soient déjà révélés entre le texte de la loi et

(1) *Observations sur les pouvoirs attribués au Juge par le Code civil suisse*, p. 10 et s.

(2) *Manuel de droit civil suisse*, I, p. 62.

(3) *Die Anwendung des Rechts nach Art. I des schweizerischen Zivilgesetzbuches*, page 45 et s., et *Kommentar...*, sous Art. 1.

les nécessités de la pratique, et la jurisprudence n'a pas eu à se prononcer encore entre ces divers systèmes d'interprétation. Mais les tendances qui prévalaient, dès avant la promulgation du Code, ne permettent guère de douter quelle solution sera la sienne, lorsque le problème viendra à se poser : le Tribunal Fédéral, notamment, sans se prononcer expressément pour l'un ou l'autre système, tendait à réduire la valeur des travaux préparatoires, et, s'appuyant sur cette idée du consentement tacite du peuple qui donne à la loi son autorité, à ne voir dans leur emploi qu'un simple procédé auxiliaire d'interprétation, auquel on ne peut plus attribuer un poids décisif quand il se trouve en contradiction avec le texte même de la loi, son sens et son esprit général et le but pratique auquel elle doit servir (1). Pour éviter l'interprétation tirée des travaux préparatoires, le Tribunal Fédéral, dans cet arrêt, invoquait simplement que l'approbation populaire ne portait que sur le texte même de la loi et non sur les commentaires qui en avaient été donnés par le législateur ; il ne décidait pas à quel moment le juge devait se placer pour trouver dans la loi l'expression de la tendance collective, mais prendre en considération le but pratique de la loi, c'est admettre de façon implicite que son sens peut et doit évoluer.

Il est un cas, tout au moins, où l'on ne peut douter que les rédacteurs du Code civil aient voulu que le juge l'interprétât d'après les idées contemporaines, et non d'après celles qui avaient présidé à sa confection : c'est celui où le texte légal exprime une notion mobile et fugace de sa nature, telle que la notion d'ordre public par exemple. « Interpréter pareille notion d'après les idées régnantes à l'époque de l'application de la loi, ce n'est pas compromettre la certitude de celle-ci, puisqu'elle-même a reconnu la contingence et la relativité de cet élément, dont elle a laissé la précision à l'interprète » (2). Or, le Code civil suisse, nous le verrons à maintes reprises au cours de cette étude, a fait un usage constant et intentionnel de ces notions contingentes et relatives, bonne foi, équité, juste motif, bonnes mœurs, dont il laisse au juge à fixer la portée exacte. Lorsqu'une de ces notions apparaît dans une disposition légale, c'est en s'inspirant des conceptions de son milieu et de son temps que le juge doit l'interpréter et en définir la valeur (3).

---

(1) Arr. du 1er Déc. 1908 (A. T. F. 34, 2, 826). Cf. aussi Arr. du 24 Nov. 1899 (A. T. F. 25, 2, 843) qui déclare que l'élément décisif pour apprécier la volonté du législateur, c'est la déclaration de volonté contenue dans la loi, et non les motifs invoqués dans les travaux préliminaires.

(2) Gény, *op. cit.* § 99, t, I, p. 272. Cf. dans le même sens, Capitant, *Introduction à l'étude du droit civil*, p. 75-77.

(3) D'ailleurs, lorsqu'il est prescrit au juge de chercher dans les aspi-

Cette controverse est d'ailleurs d'un intérêt plus théorique que pratique : les méthodes abstraites et de pure logique, qu'au cours du XIX[e] siècle la majorité des commentateurs du Code Napoléon tendaient à imposer pour l'interprétation légale, n'ont pas empêché les Tribunaux français, même lorsqu'ils semblaient les suivre, de compléter ou de corriger très hardiment la loi, et c'est en les donnant parfois comme une stricte interprétation des textes du Code, que la Cour de Cassation a introduit ses créations jurisprudentielles les plus audacieuses. L'esprit et les traditions des Tribunaux suisses ne les feraient pas hésiter davantage, si le besoin s'en faisait sentir, à adapter la loi aux nécessités nouvelles ; mais, tandis qu'une méthode d'interprétation déductive et littérale pourrait entraver dans leur œuvre des Tribunaux moins assouplis que les Cours françaises aux subtilités de la dialectique juridique, l'adoption de procédés plus larges leur permettra de tirer un meilleur parti de la loi : laisser au juge plus de liberté dans son application, c'est aussi, en lui permettant de s'appuyer davantage sur elle, limiter les cas où il serait forcé de formuler lui-même la règle de droit applicable ; c'est, en élargissant le cadre législatif, donner plus de certitude aux applications nouvelles qu'il est amené à y faire rentrer (1).

§ II

LE JUGE ET LA COUTUME

Ce n'est pas sans discussion que le législateur suisse a reconnu le droit coutumier comme une source complémentaire du droit civil (2) ; n'est-ce pas, en effet, aller à l'encontre du but même de

---

rations de la conscience populaire le sens véritable de la loi, il ne s'agit pas du tout pour lui de s'en rapporter au sens que lui attribue l'opinion commune et de demander à des profanes l'interprétation de la loi. L'interprétation est une fonction propre du juge : elle exige une méthode et des connaissances juridiques ; le droit est destiné à satisfaire aux besoins du peuple, mais l'élaboration du droit ne saurait être l'œuvre directe du peuple ; s'il est juste que les conventions privées soient interprétées d'après le sens courant attribué aux termes juridiques qui y sont employés, la loi, au contraire, ne saurait l'être que d'après le sens technique que leur donnent les autorités législative et judiciaire.

(1) Cf. Capitant, *op. cit.*, p. 80 et s.

(2) Cf. notamment M. Martin (*Semaine judiciaire*, 1901, p. 1-10) et dans

la codification que de maintenir, à côté de la loi, cet élément imprécis, diversifié et mobile qu'est la coutume ? (1).

Si, reconnaissant qu'il n'en pouvait empêcher la formation, le législateur a finalement réservé une place au droit coutumier, il n'a d'ailleurs indiqué au juge, ni ce qu'il doit comprendre comme tel, ni l'autorité qu'il lui doit reconnaître (2).

Mais ces questions ne sont pas indifférentes pour le juge.

L'Art. Ier, de même qu'il ne s'applique qu'à la législation fédérale, ne vise aussi qu'une coutume générale, à l'exclusion du droit coutumier cantonal : celui-ci ne peut subsister que pour les matières où le Code consacre le maintien des législations cantonales (3).

---

la discussion au Conseil National M. Speiser (*Bull. Stén.*, XVI, p. 1034 et s.) : aux objections de principe depuis longtemps élevées contre la coutume, ses adversaires ajoutaient que sa reconnaissance ne pouvait s'appuyer en Suisse, comme c'était le cas en Allemagne, sur la nécessité d'affaiblir l'influence prédominante du droit romain. La mention du droit coutumier fut néanmoins maintenue dans l'article premier. M. Huber, tout en avouant qu'il serait rare désormais de voir se former une coutume générale déclara qu'il était des matières où, la législation fédérale n'ayant rien prévu, la pratique commerciale, pour obtenir la sécurité nécessaire, établirait une coutume telle qu'à un moment donné elle pourrait prendre les caractères d'une règle de droit objectif ; il cita en exemple le commerce d'entrepôt que le C. O. n'a pas réglementé.

(1) Les rédacteurs des premiers grands Codes, ceux du Code Napoléon notamment, n'envisageaient guère qu'une fois abrogé le droit coutumier pût renaître. De fait, le XIXe siècle a bien été marqué dans presque tous les pays par la régression constante de la coutume (Cf. Gény, *op. cit.*, § 111, t. I, p. 324). Un revirement s'est cependant produit à son égard dans la doctrine, dont la préparation du Code civil allemand a marqué le triomphe : après de longues discussions, le maintien du droit coutumier a prévalu ; sa reconnaissance résulte implicitement du § 2 de la loi d'Introduction, qui range sous le terme de loi toute règle de droit quelle qu'en soit la source. Comme l'a fait remarquer M. Saleilles (*Introduction à l'étude du droit civil allemand*, p. 78) cette admission implicite avait plus de force qu'une admission formelle : elle prouvait, en effet, que le législateur allemand « abandonnait enfin la conception si artificielle et si antisociale, d'après laquelle la légitimité du droit coutumier ne pouvait résulter que d'une réserve ou d'une concession de la loi » ; et, en donnant à la coutume, source juridique distincte, une valeur égale à celle de la loi, elle reconnaissait qu'elle pouvait non seulement compléter, mais modifier et abroger la loi.

(2) L'*Exposé des Motifs* déclare que ce silence est intentionnel, la définition même de la coutume relève en effet de la doctrine (p. 30).

(3) En fait, d'ailleurs, ce sont les coutumes plus que les lois écrites cantonales qui resteront en vigueur, la plupart des matières visées par le Code, telles par exemple les Sociétés d'allemends, étant encore régies par des coutumes traditionnelles. En parlant de coutume générale, c'est des

Mais il ne faut pas comprendre dans le droit coutumier que vise l'Art. Ier les usages locaux : en maints articles, le Code réserve l'usage contraire, ou renvoie aux usages locaux, soit qu'il ait voulu respecter des habitudes et des conceptions profondément enracinées dans le peuple — c'est une des manifestations de son esprit populaire — soit qu'il y ait trouvé un expédient pratique pour faire régler, sans les abandonner à l'arbitraire du juge, les rapports juridiques qui varient suivant les lieux et les professions (1). Puisque le Code lui-même les y renvoie, tous les juges, y compris les juges fédéraux, sont obligés de prendre en considération ces usages locaux et de les faire respecter ; mais ce n'est pas en tant qu'éléments du droit coutumier au sens où l'entend l'Art. Ier, qu'ils ont force obligatoire devant les Tribunaux fédéraux : c'est seulement de la consécration de la loi qu'ils tirent leur autorité (2).

Encore moins faudrait-il faire rentrer dans le droit coutumier les simples usages conventionnels ; les usages commerciaux par exemple, auxquels se conforme la pratique des affaires, mais qui ne comportent pas l'*opinio necessitatis* : ils ne valent que comme manifestation expresse ou tacite de la volonté des parties, que le juge pourra présumer avoir voulu s'y conformer ; ce sont pour lui des éléments d'interprétation, mais non des règles de droit (3).

A supposer que de véritables coutumes réussissent à se former,

---

frontières géographiques dans lesquelles s'exerce son autorité qu'il s'agit, car le Code n'exclut pas les coutumes professionnelles, qui régissent certaines classes de la Société ou certains genres d'activité, pourvu qu'elles soient admises par tous ceux qu'elles concernent : telles notamment les coutumes commerciales ou agricoles.

(1) Par exemple, pour la composition des lots par l'autorité compétente à défaut d'entente amiable de la part des héritiers (C. c., art. 611) ; pour la vente ou l'attribution en cas de désaccord des choses impartageables, des papiers ou souvenirs de famille (art. 613) ou des exploitations agricoles (art. 621) ; pour la détermination des parties intégrantes d'une chose (art. 642) ; des accessoires et des fruits (art. 643-644) ; pour les limites de la tolérance que permettent les rapports de bon voisinage (art. 684) ; pour les droits d'accès et de cueillette sur les fonds et pâturages d'autrui (art. 699) ; pour les droits de passage, de paquage, d'irrigation (art. 740) ; pour l'obligation pour l'usufruitier d'assurer la chose, dans l'intérêt du propriétaire, contre l'incendie et les autres risques (art. 767). — Cf. Pfenninger : *Uebung und Ortsgebrauch in Z. G. B.*, p. 59.

(2) La question est d'ailleurs discutée dans la doctrine : en ce sens, Gmür, *op. cit.*, p. 86 et s. — Huber, *schw. Privatrecht* III, p. 660 — Rossel, *op. cit.*, I, p. 71 — ctr., Martin, *Sem.* jud. 1901, p. 7.

(3) Cf. Gény, *op. cit.*, § 130, t. I, p. 41 et s.

quelle autorité le juge doit-il leur reconnaître ? Le texte de l'Art. Ier semble indiquer que la coutume n'est plus qu'une source subsidiaire du droit, et, qu'appelée à compléter la loi écrite, elle ne peut ni la corriger, ni l'abroger : l'Avant-Projet le disait explicitement, et, dans l'Exposé des Motifs, le législateur affirmait sa volonté de ne pas laisser se créer des coutumes locales dérogatoires (1). Mais, dans ce même Exposé des Motifs, tout en considérant l'hypothèse comme invraisemblable, il admettait que le législateur ne pouvait intervenir pour empêcher le droit écrit de tomber en désuétude, et la coutume de prévaloir : « Si le droit coutumier avait abrogé en fait le droit écrit, et sans aucune sanction légale, l'événement étant accompli serait par là-même consacré ; il est absolument inutile que la loi tienne compte de cette éventualité » (2).

Qu'un droit coutumier renaisse et fasse tomber en désuétude l'ensemble du droit écrit, c'est en effet en dehors de toute prévision, mais il n'est pas impossible que des règles particulières du Code restent ou deviennent lettre morte : si une pratique admet et impose des usages contraires à ces règles, le juge ne pourra-t-il et ne devra-t-il pas à un moment donné leur reconnaître la force impérative de la coutume ? M. Rossel l'admet (3), en s'appuyant sur le fait que le peuple est le législateur suprême. M. Gmür, au contraire, estime que l'Art. Ier fait au juge un devoir d'empêcher la formation d'un droit coutumier dérogatoire (4), même s'il lui paraissait représenter un progrès juridique. Mais il avoue en même temps que, quelle que soit la volonté du législateur et du juge, des coutumes dérogatoires peuvent se former, soit que le juge lui-même en favorise l'éclosion par une interprétation inexacte de la loi, soit surtout que les nécessités pratiques passent outre aux prescriptions légales : si l'usage illégal s'est si bien établi qu'en le condamnant brusquement le juge doive causer un trouble grave à ceux qui le suivaient, il est préférable qu'il ferme les yeux ; et, en définitive, si la loi s'est mise en opposition marquée avec le sentiment formel de la collectivité, il faut bien qu'elle lui cède.

Ainsi, les adversaires mêmes du droit coutumier en arrivent à avouer l'impuissance de la loi, et à reconnaître que la formation de la coutume est également insensible à l'appui ou la prohibition du législateur : il serait d'ailleurs contraire à l'esprit du Code civil

---

(1) *Exp. Mot.* p. 31.
(2) *Id.* p. 30.
(3) *Manuel*, I, p. 65.
(4) *Op. cit.*, p. 95.

suisse que le juge dût se faire le gardien rigide d'institutions qui ne répondraient plus aux nécessités de l'époque, et entraver l'évolution juridique en imposant le respect d'une loi désuète.

Aussi bien, est-ce si peu la tendance des Tribunaux modernes que cette discussion n'a qu'un intérêt théorique. Il reste seulement — et, sur ce point l'intention du législateur n'est pas douteuse — qu'en présence d'un droit codifié, la coutume ne peut plus intervenir qu'à titre exceptionnel, et que, surtout s'il s'agit d'abroger ou de corriger la loi, le juge n'en peut faire application que si son existence, en tant que règle coercitive, est incontestable.

Pas plus qu'il n'en définit la nature et l'autorité, le Code ne fixe au juge comment il doit constater l'existence de la coutume : c'est du ressort de la doctrine d'analyser les caractères auxquels le juge reconnaît qu'une pratique d'affaires est devenue coutume juridique et d'en déterminer les modes de preuve.

Disons seulement que, puisque la coutume est un des éléments du droit positif, le juge en doit d'office vérifier l'existence, et que l'ignorance où auraient été les parties de ses prescriptions ne l'empêcherait pas d'en faire l'application. Dans la recherche de la règle coutumière, il jouit d'une liberté aussi entière que lorsqu'il se forme une conviction sur les faits proprement dits.

Le Titre préliminaire ne contient à ce sujet qu'une disposition de détail, dont l'effet est de faciliter pour le juge la preuve du contenu de la coutume. L'article 5 § 2 stipule que « le droit cantonal précédemment en vigueur est tenu pour l'expression de l'usage ou des usages locaux réservés par la loi, à moins que l'existence d'un usage contraire ne soit prouvée ». Ainsi, pour fixer ce que les usages locaux entendent comme fruits de la chose, le juge présumera à Genève qu'ils se conforment à la définition du Code Napoléon, à Zurich, à celle du Code de Blüntschli, etc..., de même qu'il présumera à Genève que l'usage local est de mettre dans chaque lot une même quantité de meubles et d'immeubles par application de l'article 832 C. civ. fr., tandis qu'à Zurich il est d'attribuer aux fils tous les immeubles paternels (1). Simple présomption,

(1) Cette présomption ressuscite indirectement pour certaines matières un droit cantonal que le Code civil avait abrogé en bloc dans l'art. 51 du Titre final : le législateur aura vu la difficulté matérielle ou senti le danger d'uniformiser certaines institutions dont le régime, touchant de près aux idées et aux mœurs, divergeait notablement suivant les Cantons. C'est le cas notamment pour les formes du partage successoral ; entre le partage égal que le Code Napoléon avait implanté à Genève, et les privilèges de masculinité ou d'aînesse, qui s'étaient conservés dans presque toute la

d'ailleurs, et qui laisse intact le droit pour le juge de constater qu'une coutume nouvelle s'est formée.

Une dernière question se pose, et qui vise directement le rôle du juge : la jurisprudence peut-elle constituer une source formelle et distincte de droit coutumier ? Une solution unanime et confirmée des Tribunaux, tendant soit à interpréter le Code, soit même à le corriger, pourra-t-elle en Suisse acquérir l'autorité d'une règle coutumière (1) ? Sur ce point, la pensée du législateur ressort nettement des travaux préparatoires : dans l'Avant-Projet, la doctrine et la jurisprudence étaient classées comme une source formelle de droit, à laquelle le juge devait faire appel avant de recourir à la libre recherche (2). Cette disposition a été remplacée par la formule actuelle : « Le juge s'inspire de la jurisprudence » (3). Substitution d'où résulte que le législateur s'est finalement refusé à faire de la jurisprudence une source de la coutume, de même qu'il a renoncé à donner au Tribunal Fédéral, comme le Message du 28 mai 1904, en avait laissé entrevoir l'intention (4), le droit

---

Suisse, réservant en général les immeubles aux fils, admettant même la valeur inégale des parts, grâce à une estimation des immeubles inférieure à leur valeur vénale, l'opposition était trop marquée pour qu'on pût d'un coup établir un régime uniforme. Avec un esprit de sage opportunisme, sinon par un procédé très juridique, le législateur a partiellement maintenu ces divergences.

(1) Nous parlons d'une règle de droit civil, et non pas de la pratique judiciaire, qui donne à certaines formalités, à certaines règles de compétence d'origine jurisprudentielle, une véritable force obligatoire, mais qui ne relève que de la procédure.

(2) « En l'absence d'un texte légal applicable, le juge prononce selon le droit coutumier et, en l'absence d'un droit coutumier selon la doctrine et la jurisprudence.... à défaut de ces sources, il appliquera les règles qu'il édicterait, s'il avait à faire office de législateur. »

(3) Sur l'autorité exacte de la jurisprudence, Cf. *infra*. Sec. IV, p. 30.

(4) « On s'est demandé s'il n'eût pas été utile d'accorder par un texte formel au Conseil fédéral ou au Tribunal fédéral le droit de rédiger des instructions ou de rendre des ordonnances destinées à interpréter la loi ou à en combler les lacunes ; dans plusieurs Cantons, cette liberté est conférée aux Autorités supérieures de l'ordre administratif ou judiciaire. La loi peut être allégée ainsi de solutions de détail dont l'expérience seule démontre la valeur ou l'opportunité ; elle répond mieux aux conditions et aux besoins de la vie ; elle prête au droit une certitude que très souvent il n'aurait pas, grâce aux fluctuations et aux lenteurs de la jurisprudence. Ce mode de procéder aurait rendu des services surtout lorsqu'il se serait agi de préciser la notion des accessoires ou de régler toute une série de points secondaires à propos de l'usufruit, du bail à loyer ou à terme, et notamment des divers contrats de travail. On s'est résigné finalement à ne

d'interpréter ou de compléter la loi par des instructions ou des ordonnances : et, quoique la question soit assez vivement discutée dans la doctrine, notamment parmi les civilistes allemands, il semble bien que la solution du Code suisse soit, et la plus logique et la plus pratique. Comme M. Martin le faisait remarquer dès la publication de l'avant-projet, faire de la jurisprudence, surtout de la jurisprudence des Tribunaux supérieurs, une sorte de droit coutumier, *a fortiori* leur donner le droit de rédiger des ordonnances, c'est leur reconnaître une fonction quasi législative et confondre des pouvoirs qu'il convient de maintenir séparés. Surtout, ce serait admettre que la jurisprudence peut se lier elle-même, ce serait même l'obliger à se lier : au lieu de favoriser l'activité créatrice du juge, ce système n'aboutirait qu'à immobiliser la jurisprudence, et, sous prétexte d'augmenter son autorité, à réduire son rôle effectif dans l'élaboration du droit.

Peu avant la promulgation du Code, une théorie assez singulière du Tribunal Fédéral, partant d'un point de vue tout différent, celui de l'égalité de traitement à maintenir entre les justiciables, avait cependant manqué, par des déductions poussées trop loin d'un principe en soi admissible, aboutir aussi à lier les Tribunaux à leur propre jurisprudence et à reconnaître à celle-ci en quelque sorte la valeur d'une coutume dérogatoire.

Le Tribunal Fédéral y avait été amené par l'extension que, comme Cour de droit public, il a donnée au recours pour déni de justice (1).

Le déni de justice s'entend d'ordinaire du refus de juger ou d'une négligence à juger : il a un caractère délictuel et en droit français constitue un cas spécial de prise à partie (2). Le Tribunal Fédéral en est venu à considérer aussi comme un déni de justice la violation par un Tribunal du principe de l'égalité devant la loi que proclame l'article 4 de la Constitution Fédérale (3). Or, à ce principe même, qui à l'origine ne concernait que la seule égalité politique et qui ne pourrait d'ailleurs être pris à la lettre sans aboutir au pur communisme, le Tribunal Fédéral a donné peu à peu un sens exten-

---

pas trancher cette question dans le Titre préliminaire, quitte à la reprendre dans les dispositions transitoires » (p. 14).

(1) Sur la jurisprudence fédérale sur le déni de justice, Cf. Piguet : *Le Déni de justice, étude théorique et pratique de la jurisprudence fédérale*, Diss. jur., Lausanne, 1907. — Et Souriac, *l'Evolution de la juridiction fédérale en Suisse*, th., Toulouse, 1909.

(2) C'est le sens que lui donne l'art. 4 C. c. fr. — Cf. *Répertoire Dalloz*, art. *déni de justice*, N° 6.

(3) « Tous les Suisses sont égaux devant la loi. Il n'y a en Suisse ni privilège de lieu, de naissance, de personne ou de famille. »

sif : il a considéré que, la loi devant être appliquée d'une manière égale par le juge à tous les citoyens, il y avait violation essentielle de cette égalité lorsqu'un jugement reposait « sur de purs prétextes » ou « sur un pur arbitraire » (Arrêt du 21 mars 1879, *A. T. F.*, 5,45). Critérium imprécis et qui lui permettrait, s'il le voulait, de revoir tous les jugements : pour décider si un jugement est ou non arbitraire, le Tribunal Fédéral, Cour de droit public, se trouve en effet amené à vérifier si le juge a fait une application correcte des textes et s'il a donné aux faits une exacte interprétation juridique. Après n'avoir considéré comme arbitraire qu'une décision du juge où se révélait une intention dolosive (1), le Tribunal Fédéral a déclaré telle une erreur particulièrement grave, et, dans de nombreux arrêts, cassé des jugements pour violation « d'une disposition de la loi claire et précise » ou parce qu'ils contenaient « des interprétations inconciliables avec le sens et la lettre de la loi » (2), qui aboutissaient « à priver arbitrairement le recourant d'un bénéfice qui lui est garanti par la loi ».

Entraîné enfin par le souci de l'égalité à maintenir entre les citoyens, le Tribunal Fédéral est allé jusqu'à admettre qu'un changement injustifié à une jurisprudence bien établie pourrait constituer un déni de justice. Un arrêt, en effet, a refusé la cassation d'un jugement rendu en violation évidente de dispositions claires et précises, « parce que dans l'arrêt incriminé il est spécifié que l'interprétation et l'application de ces dispositions, bien qu'inadmissibles, sont confirmées par une jurisprudence déjà ancienne, sans que le recourant ait pu apporter la preuve du contraire. Il n'est pas dès lors établi que le recourant a été traité d'une manière exceptionnelle et qu'une violation du droit a été commise exclusivement à son égard. » (*A. T. F.*, 1904, p. 261), ce qui revient à dire qu'il est indifférent que la loi soit appliquée au rebours de son sens obvie et de l'intention du législateur, pourvu que cette application soit uniformément admise.

Conclusion inadmissible et certainement contraire à l'article premier du Code civil, car elle donne à la jurisprudence une autorité supérieure à celle de la loi même, alors que le législateur n'a entendu lui assigner qu'un rôle subsidiaire d'interprétation, et, poussée un peu loin, elle aboutirait à interdire à la jurisprudence

---

(1) Cf. par exemple l'arrêt rapporté au *Journal des Tribunaux* 1901, p. 141 : « Il faut que le jugement attaqué trahisse la volonté bien arrêtée du juge de faire consciemment une application de la loi non seulement incompatible avec son texte, mais par des motifs supposés, en vue de favoriser indûment une des parties en faisant ainsi acception de personnes ».

(2) Cf. *A. T. F.*, 17, I — 23, 1324 — 22, 353 — 32, 1, 91.

de rectifier sa propre application reconnue erronée ou défectueuse de la loi.

Le Tribunal Fédéral semble d'ailleurs s'être rendu compte qu'il était allé trop loin (1) et, dans des arrêts plus récents, il s'est efforcé de limiter les cas où une application arbitraire de la loi pourrait être considérée comme un déni de justice (2). Mais, si en fait il se montre difficile à admettre que l'interprétation par le juge de la loi soit assez arbitraire pour justifier une annulation du jugement (3), il n'est pas revenu sur le fondement même de cette jurisprudence.

Elle est cependant difficile à justifier, et n'a cessé de provoquer les critiques de la doctrine (4) : elle aboutit en effet à ouvrir devant

---

(1) Cf. notamment l'arrêt du 12 février 1914 (*Sem. Jud.*, 1914, p. 386) qui limite l'autorité de la jurisprudence : « En dehors du cas de l'art. 84 de la loi d'organisation judiciaire fédérale dans lequel le Tribunal cantonal est tenu de prendre pour base de sa décision les considérants de droit énoncés par le Tribunal Fédéral, et quelque souhaitable que soit dans l'intérêt des justiciables l'uniformité de la jurisprudence, on ne peut considérer comme un acte d'arbitraire de la part d'une autorité cantonale le fait d'adopter sur un point controversé une thèse juridique différente de celle qui se trouve consacrée par des arrêts du Tribunal Fédéral ».

(2) Cf. notamment un arrêt du 15 Janv. 1915 (*A. T. F.*, 41, 1, 3) : « La recourante s'élève contre l'interprétation de la loi ainsi donnée par l'arrêt attaqué, elle défend l'interprétation contraire adoptée par d'autres tribunaux suisses et elle demande au Tribunal Fédéral d'intervenir pour assurer l'application uniforme de la loi. Comme Cour de droit public, la compétence du Tribunal Fédéral n'est cependant pas aussi étendue : il n'a pas à veiller à la saine interprétation des dispositions légales fédérales et la violation prétendue de la loi ne pourrait entraîner l'annulation de la décision attaquée que si elle impliquait en même temps la violation de l'article 4 de la Constitution Fédérale, c'est-à-dire si elle était si flagrante qu'elle équivalût à un déni de justice. Or, en l'espèce, non seulement la manière de voir de l'instance cantonale ne mérite pas le reproche d'arbitraire, mais elle est de plus conforme au texte légal et à l'intention du législateur. » Cf. aussi l'arrêt du 9 juillet 1908 (*A. T. F.*, 34, 1 — 462 : (en l'absence établie d'un déni de justice formel)..... « il ne pourrait s'agir en l'espèce que d'un déni de justice d'ordre matériel. Mais pour cela il faudrait que l'arrêt du 30 novembre 1907 se caractérisât comme arbitraire, que dans sa décision sur l'exception de chose jugée l'instance cantonale pût être accusée d'avoir fait acception de personnes ou d'avoir substitué au régime de la loi celui de son bon plaisir, d'avoir par exemple méconnu le texte clair et précis d'une disposition de la loi qui n'était susceptible que d'un seul sens et ne pouvait se prêter à diverses interprétations. Or, rien de semblable.... »

(3) Cf. entre beaucoup d'autres recours rejetés : A. T. F., 40, 1, 459 — 33, 1, 6 — 33, 1, 10 — 34, 1, 106 — 34, 1, 25 — 35, 1, 446 — *Sem. Jud.*, 1914, p. 257 — 1917, p. 181.

(4) Cf. Piguet, *op. cit.*, p. 94 et s.

la Cour de droit public un véritable recours en cassation pour violation de la loi, que sanctionne non la réforme, mais l'annulation du jugement ; fonctionnant parallèlement au recours en réforme du droit civil, il fait double emploi avec lui, et, par l'imprécision de la notion d'arbitraire sur laquelle il s'appuie, il engendre des incertitudes qui diminuent l'autorité des décisions cantonales (1). Surtout poussée à ses conséquences extrêmes, comme un instant le Tribunal Fédéral avait paru vouloir le faire, cette théorie ne tendrait à rien moins qu'à donner à une jurisprudence unanime et confirmée la force obligatoire d'une véritable coutume, susceptible d'abroger ou de corriger la loi, et s'imposant aux juges mêmes qui l'auraient établie.

Cette création jurisprudentielle discutable reste intéressante par l'esprit dont elle s'inspire : comme la théorie du recours pour excès de pouvoir qu'en France, en matière de contentieux administratif, le Conseil d'Etat a créé de toutes pièces, elle vise à assurer, même à défaut de la loi, la protection des droits subjectifs des individus ; c'est une jurisprudence d'équité ; mais il est très caractéristique que, pour trouver une base légale, elle se soit appuyée sur le principe constitutionnel de l'égalité des citoyens devant la loi : par là elle témoigne combien fortement le sentiment de l'égalité a pénétré en Suisse les institutions et les mœurs ; et ce serait peut-être, mais il n'est possible ici que de le signaler, le sujet d'une étude instructive de psychologie politique comparée que de mettre en parallèle le peu d'usage pratique qui est fait en France du même principe, si pompeusement proclamé cependant en tête de la Déclaration des Droits de l'Homme, et les applications constantes qui en sont faites, le respect dont il est entouré en Suisse, autant par les Tribunaux que par le législateur et l'Administration.

---

(1) En outre, les recours de droit public s'en sont trouvés multipliés, et le Tribunal Fédéral lui-même a dû reconnaître qu'il était encombré de recours peu fondés : Cf. le rapport annuel du Tribunal Fédéral à l'Assemblée Fédérale (*Feuille fédérale* de 1902) : « La plus grande partie des recours de droit public ont trait à de prétendus dénis de justice et se fondent sur l'allégation que les décisions attaquées reposent sur une appréciation arbitraire des circonstances de fait ou sur une application évidemment inadmissible de la loi, et qu'elles constituent dès lors une violation de l'égalité devant la loi garantie par l'art. 4 de la Constitution fédérale. Dans la plupart des cas toutefois, ces griefs apparaissent seulement comme un prétexte dans le but d'invoquer aussi la protection du Tribunal fédéral à l'égard de n'importe quelles décisions considérées comme erronées et rendues en des matières rentrant dans la compétence exclusive des autorités cantonales. »

La fonction du juge n'est pas de créer un droit coutumier : elle est seulement de le constater, de le confirmer par sa reconnaissance, tout au plus d'en préparer la naissance en aiguillant dans un sens défini la pratique juridique. Par là-même, d'ailleurs, les Tribunaux ne sont pas sans influence sur la formation de la coutume : une jurisprudence fortement établie s'impose aux praticiens, il se forme ainsi des usages qui peuvent prendre un caractère de constance et de généralité tel qu'à un moment donné il soit possible de leur reconnaître la valeur d'une règle de droit (1). Mais c'est de l'usage généralisé et constant des cercles juridiques, et non pas des décisions concordantes des Tribunaux, que la coutume aura pris son caractère obligatoire (2).

§ III

LA LIBRE RECHERCHE DU JUGE

C'est une des innovations les plus originales du Code civil suisse que d'avoir admis parmi les sources du droit la libre recherche du juge, ou plus précisément (3), d'avoir autorisé le juge, lorsqu'il ne trouve pas dans la loi ou la coutume une règle de droit applicable à l'espèce litigieuse, à la formuler lui-même et à prononcer « selon les règles qu'il établirait s'il avait à faire acte de législateur ».

---

(1) Cf. Saleilles, *Intr. à l'ét. du droit civil allemand*, p. 88.

(2) Sans entrer d'ailleurs dans le détail de la controverse, nous devons signaler que cette explication de l'autorité de la coutume, qui est celle de l'Ecole allemande et à laquelle semblent s'être ralliés les rédacteurs du Code suisse, est aujourd'hui discutée. M. Planiol (*Manuel*, t. I, § 11) et M. Lambert, entre autres, affirment que seule l'autorité des tribunaux peut donner à un usage force obligatoire et en faire une règle juridique. De fait, ce n'est jamais qu'à l'occasion d'un procès que la coutume voit son existence consacrée. Il est évident que c'est reconnaître plus nettement encore au juge le pouvoir de coopérer à la création du droit : l'école anglo-saxonne a poussé ce principe jusqu'à ses dernières conséquences. (Cf. *infra*, chap. V).

(3) Le terme de libre recherche n'est pas employé par le législateur et, nous le verrons, ne correspond pas exactement à la conception qu'il en admet : mais il est d'un usage courant dans les commentaires, et nous l'emploierons pour plus de brièveté.

Innovation, tout au moins, d'en avoir, en tête même d'un Code, proclamé le principe, car la libre recherche a de longtemps pris place dans la pratique judiciaire : le préteur romain, le juge anglais en ont donné d'assez beaux exemples (1). Mais le législateur moderne était en général peu disposé à la reconnaître : le Code civil allemand lui-même ne lui a fait aucune place. Et cependant cette règle, hardie en apparence, n'a provoqué au cours des travaux préparatoires aucune objection sérieuse : alors que la reconnaissance du droit coutumier ne passait pas sans résistance, la formule proposée par les rédacteurs de l'avant-projet pour la libre recherche fut admise sans presque susciter d'observations.

C'est peut-être qu'elle s'accordait avec les traditions des Tribunaux suisses et ne faisait guère que consacrer une institution déjà implantée : dans certains Cantons, et surtout dans ceux qui étaient restés le plus longtemps sous un régime de règles coutumières, on aurait pu trouver des formules qui impliquaient déjà, si elles ne la nommaient pas, la libre recherche (2) : c'est ainsi qu'en cas de lacunes du droit positif, le juge devait recourir, dans le Tessin et à Bâle-Ville, « aux principes du droit commun », à Lucerne et dans le Valais, « aux principes généraux du droit », à Berne, à Fribourg et à Bâle-Campagne « à l'équité » ; les juges prononceront « *nach ihrem besten Wissen und Gewissen* », en toute science et conscience, disait cette dernière coutume, par une formule au moins aussi large que celle du Code civil (3).

L'admission de la libre recherche comme source de droit semble donner une extension considérable à la liberté du juge et presque l'investir de la fonction de législateur auxiliaire : pour en apprécier cependant le sens exact et la portée pratique, il est nécessaire de déterminer de plus près son domaine d'application, les règles que doit observer le juge quand il y recourt, l'autorité qu'elle donne à sa décision, le contrôle auquel elle reste soumise de la part des juridictions supérieures.

La règle de la libre recherche a d'abord une portée négative :

---

(1) Cf. sur le rôle de la libre recherche au temps des justices primitives dans l'élaboration du droit, Gény, *op. cit.*, § 155, t. II, p. 75-76.

(2) Huber, *op. cit.*, I, p. 49 — Egger : *das Zivilgesetzbuch von 10 Déc. 1907* (*Archiv. für Rechts und Wirtschaftsphilosophie*, V. II, Sept. 1908, p. 121).

(3) Cf. aussi la curieuse formule de la loi judiciaire de Berne de 1615, Titre 23, règle 1 : dans le silence de la loi et de la coutume, « *alsdann mag ein jeder sein Urteil geben und aussprechen, nach dem je den sein Bewissen ermahdt, und ihm billig und recht bedünkt, allerwegen nach Gottes Lob und Ehr* » (Cité par H. Reichel, *Gesetz und Richtersspruch*, p. 51).

elle ordonne au juge de ne pas chercher à tout prix dans la loi la solution qui n'y est pas (1). Le Code suisse part de cette idée que toute loi formelle est incomplète et qu'il est vain d'exiger du juge qu'il cherche dans les textes seuls les directives du droit (2).

Où donc commence le domaine de la libre recherche ? Là même où cessent d'être applicables la loi et la coutume. Il s'en faut d'ailleurs que la limite soit nettement marquée : puisque la loi régit toutes les matières auxquelles se rapportent non seulement la lettre, mais l'esprit de ses dispositions, les divers procédés de l'interprétation juridique en peuvent étendre très loin le champ d'application. Si loin que, sous le régime du Code Napoléon, il ne semble pas qu'en pratique la jurisprudence française ait jamais été embarrassée pour motiver ses décisions : et si les juges suisses s'avisaient de pousser la méthode du raisonnement par analogie autant que, pendant un siècle, l'ont fait par nécessité les juges français, on pourrait se demander dans quels cas leur pouvoir de libre recherche trouverait à s'appliquer. Ils ne le feront sans doute pas, puisque, en leur reconnaissant ce pouvoir, le législateur a précisément voulu leur épargner ces subtilités auxquelles ont été réduits les Tribunaux français ; mais il dépendra d'eux de déplacer plus ou moins en deça de son ancien tracé cette indécise frontière.

Jusqu'où, à l'extrémité opposée, s'étend le domaine de la libre recherche, il n'est guère plus facile de le préciser, puisqu'ici la limite est celle même du droit, et que cette limite a de tout temps été incertaine. Sans entrer dans les discussions engagées entre

---

(1) Cf. Egger : *Schweizerische Rechtssprechung und Rechtswissenschaft*. 1913, p. 9-10.

(2) « Le mérite capital du législateur suisse, qui a déterminé, en même temps, le principe de son attitude en matière d'interprétation du droit, est d'ordre moral. Il consiste en un acte de franchise, humble et détachée, constituant une nouveauté intéressante dans l'histoire des législations codifiées. Loin de se gonfler de leur puissance, sous l'influence d'un orgueil aveugle, comme l'avaient fait trop souvent leurs prédécesseurs en la matière, les auteurs du Code civil de 1907 ont reconnu sincèrement les limites de leur action possible et la nécessité d'y subvenir par d'autres moyens. » (Gény, *op. cit.*, § 202, t. II, p. 312). Il ne faut cependant pas exagérer l'innovation ; M. Gény lui-même rappelle que les rédacteurs du Code Napoléon n'étaient pas loin d'admettre le même point de vue et que l'art 4, en supposant le silence ou l'obscurité de la loi, avoue par là même que la loi peut présenter des lacunes. C'est à tort que certains commentateurs (Demolombe, t. I, n° 113, Huc, t. I, n° 179) ont prétendu que le juge français devait déclarer irrecevable toute demande qui ne trouverait pas un appui positif dans un texte légal : l'art. 4 du C. c. fr. en réalité implique pour le juge un pouvoir de décision propre, qui lui permette de compléter la loi écrite. (Gény, *op. cit.*, § 81 bis, t. I, p. 197).

philosophes sur l'objet et l'étendue réciproques des devoirs de justice et des devoirs de morale, il suffit de constater combien l'évolution des idées et des mœurs, les transformations sociales et économiques modifient leurs domaines respectifs : le législateur lui-même y contribue en accordant une protection juridique à des intérêts qui ne semblaient jusque-là protégés que par la morale ; nous aurons par exemple à rechercher si la prohibition par le Code suisse de l'abus du droit ne donne pas une nouvelle extension à la mission du juge. Que cette extension, corrélative de celle donnée aux devoirs de justice et conséquence indirecte des envahissements de l'Etat moderne, soit toujours un progrès, ce n'est pas le lieu de le rechercher : il suffit de constater qu'elle ouvre d'assez larges espaces à la libre recherche du juge, qui devient à son tour un des instruments et un des agents de cette extension.

Si le champ d'action de la libre recherche est, en théorie tout au moins, assez vaste, le pouvoir du juge n'y est pas illimité. La libre recherche ne doit pas être l'arbitraire (1), et, en même temps qu'il en consacre l'existence, le législateur suisse a voulu préciser les règles qui en devaient diriger l'exercice. Le critérium qu'il a adopté n'a pas un caractère proprement dogmatique, et il ne s'est pas prononcé expressément entre les divers systèmes qu'a proposés la savante ingéniosité des doctrinaires et des philosophes du droit (2). Le juge doit-il fonder sa décision sur la raison pure, comme le voulait l'Ecole du Droit naturel, ou sur la conscience juridique du peuple, à laquelle se ralliait Savigny, ou sur le sentiment naturel du droit que semble déjà avoir proposé Platon (3)

---

(1) C'est pour cela que M. Gény, qui s'en est fait le protagoniste convaincu, l'appelle la libre recherche scientifique : il est vrai qu'il y comprend la recherche doctrinale à côté de la recherche judiciaire. (*Op. cit.*, § 156, t. II, p. 78).

(2) Mais le critérium qu'il adopte est exactement celui que proposait Aristote (*Ethique à Nicomaque*, Liv. V, chap. X, § 5 : « Lorsque donc la loi dispose d'une manière toute générale et que, dans les cas particuliers, il y a quelque chose d'exceptionnel, alors on fait bien, là où le législateur est en défaut, et où il s'est trompé parce qu'il parlait en termes absolus, de redresser et de suppléer son silence, de prononcer comme il l'aurait fait s'il avait été là ; c'est-à-dire en faisant la loi comme il l'aurait faite, s'il avait pu connaître le cas particulier dont il s'agit. » (Cité par M. Gény, *op. cit.*, t. II, p. 78).

(3) « Nous ne devons pas, mon ami, nous préoccuper de ce que dira la foule, mais de ce que dira celui qui sait ce qui est juste et injuste, et de ce que dira la vérité elle-même ». Socrate dans le *Criton* (Cité par Stammler, *Die Lehre vom Richtigen Recht*, p. 155).

et auquel s'est référé dans un arrêt la Cour Suprême de Leipzig? (1) Doit-il rechercher le droit juste, « *das richtige Recht* », dont M. Stammler s'est efforcé de préciser la notion avec une profondeur et une subtilité un peu impénétrables pour tous ceux qui n'ont pas été formés à la science juridique dans les Universités d'outre-Rhin ? Ce sont là discussions d'école, et il est probable que si le législateur avait adopté une de ces formules abstraites, elle serait restée lettre morte pour le juge suisse (2).

Plus simplement, il impose au juge de s'inspirer des mêmes principes qui guident le législateur. Ce qu'il a voulu dire par là, l'Exposé des Motifs l'indique en raccourci : « Le juge ne doit pas prononcer arbitrairement, sous l'impression des circonstances du moment, par pitié, par indignation, ou selon son penchant personnel, mais bien formuler la règle comme le ferait le législateur et l'appliquer ensuite au cas litigieux » (3). Le Code, en somme, interdit au juge de faire de la jurisprudence de sentiment, peut-être même de la jurisprudence d'équité au sens où l'entendent souvent les juges de paix français, et, pour employer un qualificatif cher à la science allemande, il a voulu que le juge s'appuyât sur un principe de droit objectif.

Puisque son rôle se rapproche, avec un objet plus restreint, de celui du législateur, il faut qu'il recoure à la même méthode : la règle qu'il formule doit satisfaire aux exigences de la vie sociale

---

(1) « Il est inconciliable avec le sentiment naturel du droit que quelqu'un conserve sans être inquiété ce qu'il s'est procuré par un acte contraire au droit, et, en lésant dans son droit celui au détriment de qui a été faite cette soustraction. » Il s'agissait d'une demande en destruction d'une photographie faite indûment de la dépouille mortuaire du Prince de Bismark (cité par Stammler, *op. cit.*, p. 146).

(2) Cf. les formules, également dépourvues d'une rigueur abstraite qu'emploient certains autres Codes modernes, pour donner au juge le droit de suppléer aux lacunes de la loi écrite :

C. civ. autrichien, art. 7 : « Si une question ne peut être tranchée ni d'après le texte, ni d'après l'esprit de la loi, on doit recourir à l'analogie. La question reste-t-elle douteuse, il faut la résoudre d'après les principes du droit naturel, en tenant soigneusement compte des circonstances du fait. »

C. civ. italien, art. 3 : « Quand une question ne peut se résoudre par le texte précis de la loi, on doit recourir aux dispositions régissant des cas semblables ou des matières analogues ; si la question reste encore douteuse, elle se résoudra d'après les principes généraux du droit. »

C. civ. espagnol, art. 6 : « Le tribunal qui refuse de juger sous prétexte de silence, d'obscurité ou d'insuffisance de la loi, encourt une responsabilité. Lorsque la loi n'est pas exactement applicable à l'espèce discutée, on appliquera la coutume du lieu et les règles générales du droit. »

(3) *Exp. Mot.*, p. 37.

et correspondre du mieux possible à l'intérêt général, au bien public ; elle doit respecter les principes et s'harmoniser avec l'ensemble de la législation en vigueur, puisque aussi bien elle n'est destinée qu'à la compléter (1) ; et, si l'on considère que le consentement tacite du peuple donne à la loi son autorité, elle doit être telle qu'elle obtiendrait l'assentiment du peuple, si elle pouvait être transformée par le législateur en principe général (2). Ce qui ne veut pas dire d'ailleurs, quoique les rédacteurs du Code aient indiqué au juge la conscience collective de la Nation comme le critérium pratique de la moralité, que le juge doive demander à l'opinion publique la solution juridique qui lui fait défaut : l'opinion est trop précaire, trop influençable, trop mal éclairée souvent, pour que le juge puisse la prendre comme interprète ordinaire du droit et abdiquer devant elle ; il peut en tenir compte, mais garde la liberté et le devoir de rechercher et de définir, sous sa responsabilité, la règle que ne lui fournit pas la législation positive.

Ce n'est pas encore une directive sûre et précise ; la libre recherche restera pour le juge d'autant plus délicate à conduire qu'elle s'exercera le plus souvent dans des matières nouvelles, où il ne pourra par suite s'appuyer, ni sur une doctrine, ni sur une jurisprudence éprouvées. Il n'en reste que plus nécessaire qu'il demande à la science juridique les procédés techniques d'une méthode, qu'il n'appartenait pas au législateur de lui enseigner : celui-ci ne pou-

---

(1) Cf. Gmür, *op. cit.*, p. 108-109. Cf. une application anticipée de la libre recherche faite avant la promulgation du Code : (Arr. du T. F., 20 octobre 1910 — *J. des Trib.*, D. F., — 1912 p. 37 et s.) : « Dans le Canton de Nidwald, il est vrai, le droit sur les choses n'est pas codifié et il n'existe par conséquent aucune disposition légale sur la possession et sur la protection de celle-ci. Mais la garantie de la possession comme telle est un principe juridique si universellement admis que, dans le canton de Nidwald aussi, il doit nécessairement valoir en tant que règle de droit non écrit. On ne concevrait pas, que, dans un état bien organisé, la possession ne soit pas protégée contre l'arbitraire et que les contestations auxquelles elle donne lieu ne soient pas tranchées par le juge comme celles relatives à la propriété ou aux autres droits privés. La possession doit, notamment, être protégée lorsque le possesseur et le non possesseur sont en désaccord au sujet d'un droit sur la chose. »

(2) La formule adoptée par le législateur suisse serait-elle, à ce point de vue, une réminiscence et une transposition du domaine moral au domaine juridique de l'impératif catégorique de Kant avec lequel elle offre une curieuse analogie ? M. Gmür (*Kom.*, I, p. 16) fait honneur au Code d'exprimer dans la partie générale, comme dans beaucoup de règles particulières, des règles éthiques inspirées de l'esprit de la philosophie Kantienne.

vait que lui indiquer l'esprit général dans lequel il doit procéder à cette recherche.

De cette règle formulée par le juge lui-même, quelle est l'autorité ? Elle a force obligatoire, comme la loi ou la coutume, non en ce sens sans doute qu'elle puisse prévaloir contre elles, mais en ce sens qu'à leur défaut elle suffit à fonder, à motiver juridiquement la sentence rendue par le juge.

Par la place même que l'Art. Ier fait à la libre recherche, elle doit être considérée comme une source subsidiaire du droit, et, puisque le juge n'y peut recourir que dans le silence de la loi ou de la coutume, elle ne peut les contredire. Il a été soutenu cependant que le juge doit décider contre la loi, quand les circonstances de fait ont tellement changé depuis la promulgation de la loi que la loi ne peut plus atteindre le but qu'elle visait, et que son application mènerait à des résultats visiblement déraisonnables, ou quand la prescription de la loi contredit tellement le sentiment moral de la collectivité que, par son maintien, l'autorité de la loi serait plus compromise que par son exclusion (1).

Qu'en fait le juge, au contact direct des réalités sociales, ait, à toutes les époques, et ailleurs qu'en Suisse, pris d'assez grandes, et, dans l'ensemble, d'utiles libertés à l'égard de la loi, lorsqu'il la sentait en désaccord avec le sentiment juridique et avec les besoins de la vie pratique, ce n'est pas contestable : s'il ne l'avait fait, la jurisprudence n'eût pas pris au progrès juridique la part que révèle l'histoire des institutions. Mais, dans ce travail d'adaptation et de rajeunissement, le juge suggère plus qu'il n'impose : il procède en tout cas par essais successifs, par retouches progressives, avec trop d'incertitudes et de variations pour qu'on puisse accorder d'emblée à ses décisions une autorité effective : la nature même et le but de son travail exigent qu'il puisse se reprendre et se corriger pour arriver à édifier par les motifs de ses jugements une théorie d'ensemble cohérente et complète, et, de même, la sécurité interdit que l'initiative d'un juge remette à tout moment en question la portée d'une loi. On ne pouvait en tout cas demander au législateur lui-même d'avouer qu'il pourrait dans l'avenir manquer à sa mission de maintenir le droit écrit en harmonie avec les idées et les mœurs, et, s'il est bon qu'il accorde au juge le pouvoir de compléter son œuvre par la libre recherche, il serait illogique et dangereux que, par avance, il lui reconnaisse le droit de s'en affranchir et de la corriger.

---

(1) H. Reichel, *Gesetz und Richtersspruch*, p. 135-142.

Même lorsqu'elle supplée simplement à la loi, la règle formulée par le juge, n'a qu'une autorité limitée : la loi et la coutume édictent des règles générales qui s'appliquent dans toutes les hypothèses pour lesquelles elles sont prévues ; le juge, au contraire, n'a le pouvoir d'établir que des règles particulières qui ne valent que pour les cas d'espèce à trancher (1). Règle de droit, sans doute, qui fait de la décision du juge autre chose qu'une appréciation philosophique ou une sentence d'équité, mais règle d'un rang inférieur, qui n'aura, devant un autre Tribunal, ou dans un procès similaire, que l'autorité d'un précédent, et pourra seulement ouvrir la voie à la coutume (2).

Puisque la règle établie par la libre recherche du juge a la valeur d'une règle de droit, une décision ainsi fondée reste soumise au contrôle des Tribunaux d'appel et, le cas échéant, du Tribunal Fédéral. Le Code ne le précise pas ; mais cela découle des principes de l'organisation judiciaire et les commentateurs en tombent tous d'accord (3).

Sur quoi s'exercera le contrôle des Tribunaux supérieurs ? Moins sur les conclusions que le juge aura déduites de la règle par lui posée — il est à présumer que, dans l'énoncé de cette règle, il aura souvent été guidé par les conclusions mêmes qu'il lui semblait désirable d'en pouvoir tirer et qu'il n'y aura rien à reprendre à la logique des déductions —, que sur la règle même d'où il est parti et sur sa concordance avec les principes généraux du droit positif, de la loi et de la coutume. Après avoir vérifié s'il ne se trouvait effectivement aucune règle formulée applicable à l'espèce, le juge d'appel examinera si la règle établie est conforme au critérium que pose l'Art. Ier. Sans compter d'ailleurs qu'il sera très exceptionnel qu'une décision judiciaire soit fondée tout entière sur la libre recherche, et qu'en général le juge aura simplement à compléter pour des questions de détail les règles du Code ou de la coutume : admettre l'appel pour les considérants tirés des sources formelles, le refuser pour les considérants fondés sur la libre recherche, serait aussi illogique que compliqué, car les premiers considérants ont moins de chance d'être erronés que les seconds.

Quelle est en fin de compte l'importance pratique du principe

---

(1) Gmür, *op. cit.*, p. 110.

(2) Les résultats de la libre recherche, telle que la conçoit le Code suisse, ne sauraient donc se comparer, et n'ont qu'une autorité inférieure à ceux que la philosophie juridique anglo-saxonne reconnaît au « droit fait par le juge » ; sur ce dernier, Cf. ch. V.

(3) Cf. notamment Gmür, *op. cit.*, p. 111 — Egger, *op. cit.*, p. 20.

ainsi introduit par le législateur suisse dans le Code civil? Les premières années d'application du Code ne permettent sans doute guère de s'en rendre compte, car il ne faut pas s'attendre à y trouver des lacunes importantes : il faudra qu'une étape ait été franchie dans l'évolution sociale et que de nouveaux besoins se soient fait jour, pour que la libre recherche trouve des occasions plus fréquentes de s'exercer. Mais il suffit de se reporter à la période d'application du premier Code Fédéral des Obligations pour se convaincre qu'une législation codifiée laisse encore place à la libre recherche du juge, et de comparer le Code des Obligations de 1881 et celui de 1912 pour constater que les résultats de la libre recherche pénètrent peu à peu, pour la plupart, dans la législation : c'est aux créations de la jurisprudence que les auteurs de la revision ont emprunté maintes règles nouvelles sur les contrats entre absents, la promesse de contracter, la signature autographe, les principes de la responsabilité contractuelle, la réglementation du contrat de travail, les clauses prohibitives de concurrence et bien d'autres (1). Il ne manque pas non plus, après la revision du Code, de matières où trouvera à s'exercer encore la libre recherche du Juge (2).

Mais, précisément parce que la libre recherche des Tribunaux s'exerçait bien avant que l'Art. I[er] en affirmât le principe, est-ce d'une réelle extension de ses pouvoirs que le Code suisse fait bénéficier le juge? L'extension est peut-être plus théorique que pratique : la loi la plus formaliste n'a jamais empêché l'activité jurisprudentielle, elle a plutôt provoqué le juge à s'affranchir du précepte légal. Le principal avantage de la libre recherche sera plutôt de dispenser le juge de recourir aux subtilités du raisonnement par l'analogie et des déductions indéfinies : c'est ainsi du moins que semble l'avoir envisagé le législateur lui-même (3).

---

(1) Cf. Egger, *op. cit.*, p. 18 — Cf. aussi la reconnaissance par le Tribunal fédéral du droit pour les actionnaires d'agir contre une décision d'une Assemblée générale contraire aux statuts ou à la loi, le refus d'accorder au débiteur d'une somme d'argent le bénéfice de l'art. 119 C. O. sur l'impossibilité d'exécution, ou celui d'annuler pour erreur essentielle ou dol l'entrée dans une société de personnes ou de capitaux, parce que la sécurité des tiers s'y oppose *(op. cit., passim)*.

(2) Droit international des obligations, assurances, titres, etc..... (Cf. Egger, p. 9).

(3) « On objectera sans doute à la solution toute naturelle du projet qu'elle laisse trop de latitude au juge, et nous ne contestons pas que cette objection ait une certaine force. Le juge deviendra plus libre qu'il n'est actuellement là où l'on exige de lui qu'il tire tout de la loi en recourant, à la rigueur, aux interprétations les plus sujettes à caution. Il exer-

L'innovation révèle sa volonté de rompre avec les théories surannées de l'omnipotence de la loi et d'assurer au juge une liberté qui facilite sa mission.

·Elle a éveillé quelque défiance dans la doctrine et chez les avocats, qui craignent qu'elle ne diminue la sécurité du droit, et qu'en favorisant les variations de la jurisprudence, elle ne complique leur tâche (1). Peut-être cependant, en recourant à la libre recherche, le juge, précisément parce qu'il assumera la responsabilité de formuler la règle de droit, sera-t-il plus conservateur que lorsqu'il peut déguiser ses innovations sous une prétendue interprétation de la loi : le préteur romain ne s'écartait des règles consacrées que sous l'empire de la nécessité, et le juge anglais, le plus libre de tous, en est peut-être le plus traditionnaliste (2).

La question serait plutôt de savoir si les Tribunaux suisses, tels qu'ils sont actuellement recrutés et organisés, sont aptes à user utilement de ce pouvoir : mais, pour empêcher qu'ils n'en mésusent, le législateur a pris une dernière précaution en leur donnant pour guides la doctrine et la jurisprudence.

§ IV

L'AUTORITÉ DE LA DOCTRINE ET DE LA JURISPRUDENCE

C'est encore une disposition, dont on aurait peine à trouver l'équivalent dans un Code antérieur, que la règle finale de l'Art. Ier : « Le juge s'inspire de la doctrine et de la jurisprudence ». Ces deux termes se définissent d'eux-mêmes. La doctrine : c'est l'ensemble des opinions émises par les théoriciens du droit, commentateurs de la loi, professeurs, arrêtistes. La jurisprudence, c'est l'interpré-

---

cera son ministère avec plus de dignité dès l'instant où on ne lui demandera plus de pareils tours de force. Il doit être autorisé à reconnaître que l droit écrit a ses lacunes qu'aucune interprétation ne peut combler. Et cette constatation faite, il prononce en se fondant non sur une loi qui serait absolument complète, mais sur le droit qui doit l'être, et il crée lui-même la norme qu'il estimerait juste et sage dans le cadre de l'ordre juridique existant, s'il avait à faire office de législateur. » (*Exp. Mot.*, p. 32).

(1) Martin, *op. cit.*, p. 22 — H. Reichel, *op. cit.*, p 51 et s.

(2) Ehrlich : *Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft*, p. 28.

tation juridique qui se dégage des décisions de justice rendues sur une même question.

A ces termes, le texte allemand ajoute l'épithète « *bewährt* », « approuvé, autorisé ». Elle n'a pas été reproduite dans le texte français, parce qu'elle a paru y constituer un pléonasme : il n'est pas douteux cependant qu'elle n'ajoute au texte une précision utile. Elle indique que, pour être prises en considération par le juge, la doctrine et la jurisprudence doivent réunir certaines conditions d'autorité et de concordance : sous réserve d'ailleurs qu'ici, plus que partout ailleurs, les opinions se pèsent et non se comptent. Le nombre des adhésions données à une doctrine ne suffira pas toujours à la consacrer aux yeux du juge, et, en cas de désaccord, c'est l'opinion des plus autorisés parmi les jurisconsultes qu'il devra rechercher. De même, il devra tenir compte avant tout des décisions des juridictions supérieures, Tribunaux d'Appel et Tribunal Fédéral.

C'est dans tous ses jugements, soit qu'il les fonde sur la loi ou la coutume, soit qu'il fasse appel à la libre recherche, que le juge doit s'inspirer de la doctrine et de la jurisprudence : l'Art. Ier ne distingue pas, et, en effet, la doctrine et la jurisprudence ne sont pas pour le juge des auxiliaires moins précieux dans l'interprétation de la loi que dans la libre recherche.

Mais de là résulte, comme on l'a vu plus haut (1), que le Code

---

(1) Cf. *supra*, p. 14. Dans la première rédaction il était dit : « en l'absence d'un texte légal applicable, le juge prononcera selon le droit coutumier, et, en l'absence d'un droit coutumier, suivant la doctrine et la jurisprudence. » La Commission de rédaction prit sur elle d'opérer une interversion de rang et de donner au texte légal une forme beaucoup moins impérative : « la doctrine et la jurisprudence le guident dans l'application et l'interprétation de la loi. » Puis, comme c'était cette fois trop restreindre leur rôle que de le limiter à l'interprétation de la loi, dans la dernière révision, elle adopta la rédaction actuelle. (Cf. Gmür, *op. cit.*, p. 118). Pour n'avoir été opéré que par la Commission de rédaction, le changement n'en porte pas moins sur le fond même de la question, c'est là un des cas où, selon le désir du législateur suisse, il ne faut pas rechercher dans les travaux préparatoires le sens de la loi et les faire prévaloir sur le texte même. La correction opérée par la Commission de rédaction a été implicitement approuvée par le vote final du 10 décembre 1907 de l'Assemblée fédérale : il faut prendre le texte tel qu'il est. Mais par cet exemple, on voit quelles libertés a prises la Commission de rédaction, du consentement tacite du législateur. Lorsque les lois sont discutées dans des assemblées nombreuses et plus ou moins compétentes, qui votent des amendements au petit bonheur, l'unité et la cohésion en sont irrémédiablement compromises : surtout pour une œuvre aussi considérable qu'un code civil, il est nécessaire de laisser le dernier mot à un conseil restreint de spécialistes (Cf. Rossel, *Manuel*, I, p. 46).

n'a pas fait de la doctrine et de la jurisprudence une source de droit distincte des premières et indépendante.

Quel est donc leur rôle et quelle est leur autorité ? Elles doivent aider le juge à donner de la loi ou de la coutume l'interprétation la plus en harmonie avec l'esprit général de la législation, la plus conforme aux besoins de la pratique ; elles doivent le guider dans sa libre recherche pour que la règle qu'il édictera satisfasse aux mêmes conditions.

Le juge s'en inspire : qu'est-ce à dire ? Qu'il doit, en principe, suivre la doctrine et la jurisprudence et ne s'en séparer que pour un motif sérieux : le Code institue, pour ainsi dire, une présomption en faveur de l'inexactitude juridique et de la convenance des solutions admises par elles ; mais il n'en fait pas une présomption *juris et de jure*, et le juge garde, avec le droit d'en examiner le bien fondé, celui de les rejeter, s'il estime juste ou opportun de s'en séparer. Ce dont il est tenu, c'est d'étudier, avant de rendre sa décision, doctrine et jurisprudence, et de peser leurs raisons ; mais il n'est pas lié par elles (1).

Lorsqu'il aura rendu une sentence contraire à leur interprétation, les Tribunaux supérieurs pourront la casser, s'ils estiment qu'en s'en séparant il s'est mis en opposition avec le véritable esprit de la législation positive ; mais ils ne la casseront pas, pour ce seul motif qu'en s'en séparant il aurait violé l'Art. Ier du Code. Ce qui revient à dire que le paragraphe final de l'Art. Ier contient un conseil plus encore qu'un précepte ; et qu'en tout cas, dans la mesure où il exprime une règle obligatoire, c'est-à-dire en tant qu'il exige du juge de consulter la doctrine et la jurisprudence, il constitue, comme le remarque M. Gmür, une *lex imperfecta*, dépourvue de sanction directe.

L'Art. Ier dit : « La doctrine et la jurisprudence ». Il exige donc que le juge tienne compte de toutes deux, et il semble les mettre sur un pied égal. Que devra faire le juge s'il se trouve

---

(1) Le texte allemand semble exprimer cependant une nuance plus impérative que le texte français : « *Er folgt dabei bewährter Lehre und Ueberlieferung* ». Et MM. Egger (*Schweizerische Rechtssprechung und Rechtswissenschaft*, p. 24) et E. Huber (*Bewährte Lehre*, p. 37) l'interprètent comme imposant au juge de suivre une doctrine et une jurisprudence éprouvées. Mais, comme ils ne peuvent moins faire que de reconnaître au juge le devoir de vérifier si la doctrine et la jurisprudence sont bien éprouvées, le résultat final est sensiblement le même que d'y voir seulement, avec M. Gmür (*op. cit.*, p. 119) une force de persuasion, et d'y chercher des arguments de raison et non pas un argument d'autorité.

en présence d'une doctrine et d'une jurisprudence nettement contraires ? Dans le silence du Code, il reste libre de choisir, puisqu'aussi bien il pourrait, si même elles étaient d'accord, ne pas les suivre ; en pratique, le juge inclinera à préférer l'opinion de la jurisprudence : outre la question d'amour-propre et de solidarité professionnelle, le seul désir de ne pas voir sa décision cassée le déciderait à se conformer à une jurisprudence déjà établie. Et c'est aussi la raison pour laquelle le Code n'a pas marqué entre elles de différence : une hiérarchie fixée par lui n'aurait eu que l'intérêt de montrer de qui il attendait principalement le progrès juridique ; mais, puisqu'il était impuissant à faire prévaloir sa conception, mieux valait ne pas essayer de l'imposer.

Il reste que le législateur suisse a reconnu aux juristes et aux savants, quoiqu'ils n'aient aucun caractère officiel et aucune part à la puissance publique, une autorité, dont il exige du juge même le respect : il y a probablement été conduit par l'exemple du rôle important joué en Allemagne par la doctrine dans l'élaboration du droit nouveau ; cette reconnaissance légale n'en est pas moins remarquable, surtout si on la rapproche de la défiance avec laquelle avaient été accueillis, par le législateur français, les premiers commentaires du Code Napoléon.

Etait-il cependant opportun d'insérer dans le Code une disposition expresse sur le rôle et l'autorité de la doctrine et de la jurisprudence ? Des critiques ont été élevées, notamment par M. Speiser au Conseil National, pour des raisons spéciales à la Suisse (1).

L'appel à la doctrine, disait-il, est à rejeter, parce que cette doctrine ne pourra être que la science allemande : la Suisse, partagée entre les deux influences française et allemande, mais plus attirée par la seconde, n'a pas un corps de doctrine propre et indépendant ; il est inutile, il est dangereux de consacrer officiellement l'hégémonie de la science allemande. M. Gmür, formé cependant aux méthodes germaniques, sans nier que ce ne soit le point délicat de la question, espère que l'impulsion donnée aux études juridiques en Suisse par la préparation du Code donnera naissance à une école vraiment nationale (2) ; de fait, il était difficile qu'une doctrine autonome se formât, aussi longtemps que les législations cantonales de la Suisse s'inspiraient, si elles ne les adoptaient presque intégralement, des législations des pays voisins, et l'on ne peut donc, de l'exemple du passé, tirer pour l'avenir un argument probant. En tout cas, l'esprit du Code civil suisse

(1) *Bull. Sten.*, XVI, p. 1041.
(2) *Op. cit.*, p. 121.

diffère trop de celui du Code civil allemand pour que le juge puisse continuer d'admettre telles quelles les conclusions de la science germanique.

Quant à la jurisprudence, M. Speiser regrettait aussi que le législateur lui reconnût une telle autorité dans un pays où les Tribunaux sont en grande partie composés de non professionnels, auxquels manque une formation juridique sérieuse. Mais l'autorité des précédents sera par la force des choses à proportion de celle des Tribunaux qui se seront prononcés, et ce n'est qu'aux décisions des Tribunaux supérieurs que les juges pourront, en règle générale, avoir un égard spécial.

Une objection de principe aurait pu aussi être tirée du caractère même de cette disposition du Code : « Un bon juge, dit M. Martin (1), doit connaître la morale et la jurisprudence. C'est la morale qui se dégage du dernier alinéa de l'Art. I[er] ». Or, un Code n'est pas un traité de morale ni d'enseignement, et l'existence d'une règle sans sanction s'accorde mal avec la conception moderne de la loi. L'objection ne semble pas avoir été posée : et, si elle l'eût été, il est probable qu'elle aurait été écartée, à raison même de l'organisation des Tribunaux suisses (2). Il a pu paraître aux rédacteurs du Code non seulement utile, mais nécessaire de rappeler à des juges, dont beaucoup ont une formation juridique sommaire, qu'ils doivent se tenir, autant qu'il dépend d'eux, au courant du mouvement scientifique et de l'évolution jurisprudentielle, et y chercher un guide et un appui pour l'application du droit. Un guide, non des lisières ; le respect de la doctrine et de la jurisprudence n'est pas contradictoire avec la libre recherche : le législateur a seulement voulu que le juge s'appuyât sur une base ferme, et que sa liberté n'aboutît pas à l'arbitraire.

Par l'Art. I[er], le juge se voit donc dicter, dans leurs lignes essentielles, son rôle et ses attributions dans l'interprétation de la loi et, plus généralement, dans la mise en œuvre et l'application des principes du droit.

En tête du Code civil suisse, cet article n'est pas déplacé : deux dangers, qui se pouvaient combiner, menaçaient en effet l'œuvre du législateur, et risquaient d'entraver son influence : ou bien, que la routine ne prévalût dans la pratique judiciaire, et que, mal préparés à saisir l'esprit nouveau du Code, les Tribunaux ne réso-

---

(1) *Observations sur les pouvoirs attribués au juge par le Code civil suisse*, p. 25.

(2) Cf. *infra*, chap. IV.

lûssent tous les cas douteux par le maintien des solutions traditionnelles ; ou bien, qu'abusant de l'initiative que leur laissait le Code, ils n'en fîssent une application trop libre et personnelle, qui aurait enlevé aux relations juridiques la certitude et la stabilité qui leur sont nécessaires (1). Contre ce double péril, le législateur a prémuni les juges en leur prescrivant, d'une part, de pénétrer l'esprit véritable de la loi, et, pour en combler les lacunes, de s'inspirer des idées et des nécessités contemporaines ; d'autre part, de ne pas porter atteinte aux principes généraux du droit en vigueur, et de ne s'écarter d'une doctrine et d'une jurisprudence établies, que si à des besoins nouveaux il fallait une règle nouvelle, si une situation spéciale rendait opportune une décision novatrice.

Les directives, que le législateur lui donne, n'en laissent pas moins au juge un rôle considérable : par l'appel à la coutume comme source complémentaire, par la reconnaissance expresse du droit de libre recherche, par la place faite à la science, il est libéré de la domination exclusive et stricte de la loi, et reçoit la mission d'en faire l'adaptation progressive, par des procédés actifs et souples, aux exigences de la vie sociale.

Les règles positives du Code vont préciser ce rôle et étendre ce pouvoir ; mais, de la manière dont les juges comprendront et appliqueront les méthodes d'interprétation juridique que leur fixe l'Art. I[er], dépendra en grande partie l'effet réel de ses innovations. A un pouvoir plus étendu, correspondent, en effet, pour les Tribunaux, une tâche plus délicate et des devoirs plus rigoureux, puisqu'il faut qu'ils se haussent, dans une certaine mesure, « jusqu'à la création du droit » (2). Les commentateurs du Code ont raison de voir dans l'Art. I[er] autre chose qu'une déclaration de principe toute doctrinale (3) : à le replacer dans son cadre, il domine et commande l'activité du pouvoir judiciaire.

---

(1) Egger, *op. cit.*, p. 19-33.
(2) Gény, *Livre du Centenaire*, II, p. 1035.
(3) Cf. notamment Gmür, *op. cit.*, p. 137 et s.

CHAPITRE II

LE JUGE MINISTRE D'ÉQUITÉ

La mission proprement juridictionnelle du juge est de « dire le droit » et d'en faire l'application aux conflits qui s'élèvent entre les individus. Mais une règle de droit ne peut s'appliquer d'une façon uniforme, et pour ainsi dire automatique, à toutes les espèces qui rentrent dans son champ d'application. Le juge doit adapter, en tenant compte de tous les éléments de fait, cette règle abstraite et générale au cas concret qui lui est soumis, en nuancer les effets, en tempérer parfois la rigueur. Les dispositions du Titre préliminaire, qui fixent l'étendue des droits civils et les principes de la preuve, donnent au juge un large pouvoir dans cette seconde partie de sa mission.

Le juge suisse n'est plus tenu de sanctionner, sans condition, tout droit invoqué en justice et dont l'existence est établie : il peut et il doit s'assurer que le droit est exercé conformément aux règles de la bonne foi, refuser la protection de la loi au droit dont il est fait un exercice abusif.

En de nombreux cas, il est expressément autorisé à tenir compte des circonstances et des motifs, pour faire de la règle de droit une application aussi équitable que possible ; ou même la décision juridique est laissée à son appréciation dans les limites qu'il nous faudra déterminer.

Enfin, la plus grande liberté lui est laissée pour se former sa conviction : il peut recourir en principe à tous les modes de preuve et choisir, parmi toutes les preuves, celles qui lui paraissent déterminantes.

D'un mot, par les pouvoirs qu'il lui donne dans l'appréciation des espèces concrètes, le législateur suisse a voulu que le juge fût, dans toute la mesure du possible, un ministre d'équité.

SECTION I

LA BONNE FOI ET L'ABUS DU DROIT

« Les droits sont des intérêts juridiquement protégés » (1). Si, en pratique, la protection juridique est le signe distinctif auquel l'existence d'un droit individuel se reconnaît, et qui élève à ce rang un intérêt matériel ou moral, sa limite marquera aussi celle du droit lui-même : fixer les conditions auxquelles l'exercice d'un droit bénéficiera de la protection de la loi, c'est en réalité définir l'étendue de ce droit ; confier au juge la mission de dire si l'exercice d'un droit est ou non légitime, c'est remettre en ses mains la sauvegarde de tous les intérêts privés.

Jusqu'où doit s'étendre la protection de la loi ? L'exercice d'un droit est-il toujours légitime ?

Le Code civil français n'a pas donné à cette question une solution expresse générale : il n'a fixé de limites qu'à la liberté des conventions, en interdisant dans son article 6 les conventions contraires à l'ordre public et aux bonnes mœurs ; d'autre part, c'est encore des conventions seules que l'article 1.134 exige qu'elles soient exécutées de bonne foi. Au surplus, le Code est resté fidèle à la conception traditionnelle : « *Qui suo jure utitur, neminem loedit* », il ne s'est pas posé le problème de l'abus de droit, dont la notion même eût contredit les principes juridiques de ses rédacteurs ; et quant à la règle générale du respect de la bonne foi, il a dû juger inutile de l'exprimer. Le Code civil allemand, lui aussi, s'en tient par le § 138 à la prohibition des conventions contraires aux bonnes mœurs (2) ; si, au § 226, il limite l'exercice même de tous les droits en introduisant dans le domaine législatif le principe de l'abus du droit (3), le critérium qu'il adopte est, nous le verrons, plus étroit que celui du Code civil suisse.

---

(1) Ihering : *l'Esprit du droit romain*, trad. Molenaère, t. IV, § 71, P, 337.

(2) « Un acte juridique qui porte atteinte aux bonnes mœurs est nul ».

(3) « L'exercice d'un droit n'est pas admis lorsqu'il ne peut avoir pour but que de nuire à autrui ».

Le législateur suisse, au contraire, n'a pas cru sortir de son rôle en énonçant, au début même de son Code, et dans une formule très extensive, la règle qui lui a paru devoir commander toutes les relations juridiques, celle du respect de la bonne foi ; et, dans une autre formule, dont la concision donne peut-être l'illusion seulement de la limpidité, il s'est proposé de résoudre le problème complexe des limites à apporter à l'exercice du droit.

L'article II du Code civil stipule :

B. — *Etendue des droits civils.*
I. *Devoirs généraux.*

« Chacun est tenu d'exercer ses droits et d'exécuter ses obligations selon les règles de la bonne foi.

L'abus manifeste d'un droit n'est pas protégé par la loi. »

De cet article, deux règles se dégagent, dont, après avoir essayé de dégager leur sens et leur portée, il convient de rechercher quelle mission elles donnent au juge et de quel pouvoir elles l'investissent.

§ I

LA BONNE FOI

Qu'est-ce que la bonne foi ? (1)

Si, pour préciser la pensée du législateur, nous nous reportons aux travaux préliminaires, nous n'y trouverons que des indications assez vagues. L'Exposé des Motifs de l'Avant-Projet, après

---

(1) Dans la langue juridique française, le terme de bonne foi a deux acceptions fort différentes : en un sens restreint, il désigne « l'opinion erronée d'une personne qui croit agir dans l'exercice de son droit en accomplissant un acte de nature à entraîner des conséquences juridiques ». C'est la bonne foi subjective, dont le juge ne peut établir l'existence que par une recherche d'ordre psychologique ; elle reste en général sans effet juridique. En un sens plus large, la bonne foi signifie « l'équité, en tant que celle-ci doit présider à l'interprétation et à l'exécution des conventions d'après la commune intention des parties contractantes ». Le Code civil suisse emploie l'expression de bonne foi tantôt dans un sens et tantôt dans l'autre ; mais, même si le texte allemand qui dispose, lui, de deux expressions différentes (Bonne foi subjective : *Guter Glaube* — Bonne foi objective : *Treu und Glauben*) ne levait toute indécision, le sens général

avoir déclaré que « tout intérêt doit être protégé juridiquement », ajoute : « Un autre principe, d'une portée aussi générale que le précédent, consiste dans la sanction donnée à la bonne foi. Bien que de sa nature cette règle ait sa place marquée surtout dans le droit des obligations, on en rencontre de fréquentes applications dans les autres sphères du droit. Il suffira de citer le Registre Foncier, les effets de la possession, la mesure de l'indemnité pour les changements qu'on a fait indûment subir à la propriété, les fiançailles, le mariage. En somme, chacun ne doit bénéficier de la protection des lois que dans la mesure où l'exige la bonne foi requise dans les affaires et qu'en tant qu'il a été lui-même de bonne foi » (1).

Mais, comme le Titre préliminaire ne figurait pas dans l'Avant-Projet, nous ne pouvons trouver dans ces lignes, où d'ailleurs les divers sens de la bonne foi semblent un peu confondus, que l'énoncé d'une intention générale, non une glose directe de l'article 2.

Lorsque le Titre préliminaire fut discuté devant le Parlement, le principe de la bonne foi ne provoqua guère plus d'objections ou de commentaires que celui de l'abus du droit. Au Conseil National, M. Huber (2) présenta l'article 2 comme un complément de l'article premier : tandis que celui-ci rappelait au juge qu'il ne devait pas s'affranchir de la loi, l'autre lui prescrivait de se préoccuper cependant de l'équité. Au Conseil des Etats, M. Hoffmann, rapporteur (3), déclara qu'il s'agissait là « d'un principe moral, malheureusement trop oublié par une jurisprudence formaliste, et qu'il était nécessaire de rappeler » : assez

---

de l'article 2 suffirait à indiquer qu'il n'y est pas question de la bonne foi subjective : lorsque le législateur y parle des règles de la bonne foi, il ne peut entendre par là qu'un principe général, indépendant de la volonté et des dispositions des individus.

Il ne s'agit pas d'ailleurs non plus de la seule équité contractuelle : la portée de l'article 2 va plus loin qu'à prescrire de rechercher et de respecter la commune intention des parties ; et la règle qu'il établit s'applique non seulement à l'exécution des obligations, mais à l'exercice de tous les droits.

(1) *Exp. Mot.*, p. 23.

(2) Séance du 16 novembre 1906, *Bull. Stén.*, XVI, p. 1034 s. : « En vertu de la séparation des pouvoirs, nous ne voulons pas émanciper le juge de la loi, mais, en lui parlant de la bonne foi, nous lui disons d'un autre côté qu'il doit appliquer la loi. De là l'Art. Ier. C'est une protestation contre la tendance allemande que le juge peut s'asseoir sur la loi quand il ne la trouve plus juste ».

(3) Séance du 9 avril 1907, *Bull. Stén.*, XVII, Cons. Et., p. 113 et s.

admis encore, faut-il croire cependant, pour qu'il jugeât inutile d'en donner une définition plus précise.

Ce n'est pourtant pas un simple précepte moral, qui n'eût pas été à sa place dans le Code, que contient l'article 2, mais bien une règle juridique. Le législateur n'exige pas des individus de n'agir jamais qu'avec une intention droite, conforme à la voix de la conscience, ni ne prescrit au juge de refuser la protection de la loi à celui qui n'aurait pas cette rectitude d'intention ; ce serait pénétrer dans un domaine qui n'est pas et ne peut pas être celui du droit. Il ne se réfère même pas à un critérium philosophique abstrait, tel que celui que propose Stammler, lorsqu'il définit la bonne foi « la conformité à l'idéal social » (1) : s'il est permis au législateur de se faire une conception idéale de l'ordre social, et de s'efforcer par l'action de lois justes d'en rapprocher la réalité, s'il doit se préoccuper de conformer les lois au principes du droit naturel, il ne saurait exiger des individus qu'avant chacun de leurs actes, ils en discutent en eux-mêmes la légitimité en se posant la question que condense, ou à peu près, le fameux impératif catégorique de Kant ; il peut donner au juge la mission d'appliquer le droit, mais non pas celle de réformer la Société et de corriger la loi même et les conventions pour les rapprocher de la justice idéale.

Agir de bonne foi, c'est, à ses yeux, respecter ces principes de l'honnêteté, de la loyauté en affaires, que l'opinion commune considère comme nécessaires à la sécurité des relations privées. Ce n'est pas observer les usages d'une petite élite, mais ceux de la moyenne des honnêtes gens ; ce n'est pas non plus observer simplement les usages courants, parce qu'il peut y avoir des usages, qui, tout en étant plus ou moins généralisés, et parfois complètement tolérés, restent en même temps condamnés et sont reconnus contraires à l'équité par l'opinion générale. Mais c'est être fidèle aux « bons usages », à ceux que la conscience publique considère, à chaque époque, et en chaque milieu, comme respectables et exigibles de tous (2). Il ne s'agit donc pas d'apprécier la bonne foi d'après un idéal de moralité philosophique ; mais de constater en fait les usages juridiques, et de prendre pour critérium ce minimum de loyauté commerciale au-dessous duquel la conscience générale n'admet pas qu'il soit permis de descendre (3).

---

(1) *Die Lehre vom richtigen Recht.*

(2) Cf. Saleilles, *De la déclaration de volonté*, p. 262-285.

(3) L'Exposé des Motifs parle explicitement de « la bonne foi requise dans les affaires ».

Le Code civil allemand se réfère explicitement en plusieurs articles à ce critérium des usages courants, qu'il appelle la « *Verkehrssitte* » (1), pour définir la bonne foi objective. Le Code suisse n'en donne pas une interprétation aussi précise : quand il renvoie à l'usage, ce sont en général les usages locaux considérés comme dispositions complémentaires admises tacitement par les parties qu'il vise, et il y cherche un élément d'interprétation de leurs conventions (2), plutôt qu'une règle des convenances. Mais il n'est pas douteux qu'il se place au même point de vue que le Code allemand, et qu'excluant toute recherche psychologique des mobiles de l'acte, il entend assurer comme lui l'observation de l'honnêteté pratique, de la loyauté commerciale (3).

Si tel est bien le sens qu'il faut donner au § premier de l'arti-
Il s'adresse aux parties elles-mêmes, non pas sans doute pour
cle 2, C. C., quelles en sont les applications pratiques ?
édicter un précepte général de conduite, mais pour leur rappeler, comme l'indique la rubrique marginale de l'article, dans quelles limites elles peuvent exercer leurs droits, et comment elles doivent exécuter leurs obligations : il est au surplus possible, en tant qu'elle s'adresse aux parties, et sous la forme assez indéterminée qu'elle revêt, que la règle de la bonne foi manque d'une sanction précise et prenne un peu l'allure d'une de ces règles de moralité, dont d'ailleurs des commentateurs se félicitent de trouver l'expression dans le Code, parce qu'ils y voient la preuve de son caractère « social » (4).

---

(1) Cf. § 157 : « les contrats doivent être interprétés comme l'exigent la loyauté et confiance réciproques en corrélation avec les usages admis en affaires » — § 242 : « le débiteur est obligé d'effectuer la prestation comme l'exigent la loyauté et confiance réciproques en corrélation avec les usages admis en affaires. »

(2) Cf. C. C., art. 5, 331, 611, 632, 643, etc. — C. O., art. 73, 124, 158, etc....

(3) La loyauté en affaires, bien entendu, ne s'apprécie pas sur un étalon uniforme, elle n'impose pas en toutes circonstances des obligations identiques : la loi exige dans certains cas qu'elle comporte la conviction personnelle d'exercer un droit régulièrement acquis, tandis que le plus souvent, en matière de prescription par exemple, elle tient pour indifférente cette bonne foi subjective ; parce qu'en matière commerciale il faut concéder davantage à la sécurité des affaires et du crédit, et que la concurrence suppose plus ou moins par essence la recherche d'un bénéfice réalisé aux dépens d'autrui, telle pratique y pourra être considérée comme conforme à la bonne foi juridique, qui y serait déclarée contraire dans un contrat purement civil ; et les règles de la loyauté en affaires ne se formuleront pas de façon identique dans les achats de la ménagère sur le marché ou dans des opérations de Bourse.

(4) Cf. Gmür, *Kommentar*, Vol. I, p. 16.

Mais l'article 2 s'adresse également au juge, qui a à lui donner une signification plus nettement juridique.

En premier lieu, la règle qu'il établit vaut pour l'application de la loi : elle vise à en interdire au juge, comme l'indiquait M. Huber au Conseil National, une interprétation formaliste. Sans doute ne saurait-elle l'autoriser à éluder ou à corriger une disposition impérative de la loi : ce serait enlever au droit écrit la sécurité qu'il doit donner aux relations privées (1). Mais lorsque la loi n'édicte que des règles dispositives, il appartiendra au juge de vérifier si, dans l'espèce concrète, leur application est bien conforme à l'équité usuelle, et, lorsqu'elle laisse elle-même la décision à sa discrétion, c'est à la lumière des bons usages, et en s'inspirant des exigences de la loyauté commerciale, qu'il devra résoudre le litige (2). Somme toute, l'article 2 signifie, en ce premier sens, que les actions sont en principe dans le Code civil suisse, des actions *bonæ fidei*, telles que le comprenait à l'époque classique le droit romain.

L'article 2 vaut en même temps comme règle d'interprétation des conventions : même si les parties ne s'y réfèrent pas, le juge doit appliquer d'office (3) les règles de la bonne foi en affaires pour fixer tous les points secondaires que les parties n'ont pas expressément prévus, et faire produire à la convention des effets qui tiennent compte de l'objet qu'elles se proposaient et fassent une juste balance de leurs intérêts réciproques (4). En vertu des règles de la bonne foi par exemple, le juge prononcera qu'en matière contractuelle, nul n'est tenu de tolérer un état de choses qui a pour effet de le priver de tout ou partie de ce qui constitue la contrevaleur de ses prestations (Arr. du T. F. du 1er février 1913, *J. des Trib.*, Dr. F., 1913, p. 530). Quoique l'utilisation de la chose louée ne soit, en général, qu'un simple droit, il déclarera qu'elle peut devenir une véritable obligation, lorsque la chose louée a été spécialement aménagée en vue d'une exploitation commerciale, et que, du fait de sa non-utilisation, elle subit une diminution de sa faculté de location (Arr. du T. F., 11 février 1911, *J. des Trib.*, Dr. F., 1912, p. 198).

(1) Cf. en ce sens Gmür, *id*, I., p. 39.

(2) Pour cette deuxième hypothèse d'ailleurs, le Titre préliminaire contient une prescription spéciale, qui s'adresse directement au juge : c'est la règle de l'art. 4 que nous commenterons plus loin (Cf. Section II).

(3) Sur le caractère d'ordre public de la règle de l'art. 2 § 1, Cf. notamment Arrêt du T. F. du 6 Nov. 1912, *A. T. F.*, 38, 2, 462.

(4) Interprétation par les règles de la bonne foi des clauses équivoques ou imprécises des contrats d'assurances : arrêts du T. F. du 26 Janv. 1912 (*A. T. F.*, 39, 2, 215) et du 22 octobre 1914 (*A. T. F.* 40, 2, 605).

C'est aussi sur les règles de la bonne foi que les Tribunaux suisses se sont appuyés, lorsque la guerre a brusquement désorganisé les relations économiques, pour autoriser les parties à résilier des contrats de longue durée ; pour le faire, ils n'ont pas recouru à la fiction que les parties avaient exclu de leurs prévisions le renchérissement exceptionnel de tous les prix qui bouleversait l'économie de leur contrat, ils ont simplement invoqué que le maintien du contrat en obligeant une partie à travailler à perte serait directement contraire à la justice et à la bonne foi : « Lorsqu'au cours d'un contrat, dit un Arrêt du Tribunal Fédéral du 3 juillet 1919 (*A. T. F.*, 45, 2, p. 355), la situation vient à se modifier radicalement, de telle façon que le maintien du prix fixé violerait les règles de la bonne foi, les deux parties sont autorisées à se départir du contrat sans indemnité, à moins, naturellement, qu'elles ne tombent d'accord sur un prix adapté au nouvel état de choses ». Le Tribunal Fédéral d'ailleurs limite l'application de ce principe et fixe un critérium « de bonne foi » en ajoutant : « toute fluctuation quelconque des prix n'autorise naturellement point la résiliation : il faut un changement de circonstances tel que la continuation du contrat aux anciennes conditions implique pour une des parties l'obligation de travailler à perte ». Critérium très général, dont l'application peut être délicate pour le juge, mais qu'avait déjà admis la jurisprudence italienne, et dont la jurisprudence française, beaucoup plus rigoureuse, aurait pu s'inspirer pour donner une solution équitable à certains des procès qu'ont provoqués les suites économiques de la guerre (1).

---

(1) Dès avant la guerre, la jurisprudence italienne avait fini par reconnaître, tant en droit public qu'en droit privé, que le changement des circonstances peut entraîner la rectification ou la résiliation, au nom de l'équité, des contrats de longue durée, et que la clause *rebus sic stantibus* doit être réputée sous entendue dans ces contrats (Cf. arrêts cités par Roubier : *Influence du changement de circonstances sur les contrats de droit public*, th., Lyon, 1914, p. 71-73). Cette clause, admise encore en France au début du XIXe siècle pour les contrats successifs (Cass. 11 avril 1821, S. 21, 1, 254, 22 juin 1837, S. 37, 1, 776) a depuis été rejetée, sous l'influence de la doctrine (Aubry et Rau, § 302, N° 9, 5e Ed., IV, p. 98, Demolombe, XXVII, N° 16), par la jurisprudence (Cass. 6 mars 1876, D. P. 76, 1, 193). La guerre ne semble pas avoir modifié sur ce point la jurisprudence des tribunaux civils : Cass. 4 août 1915 (D. P. 16, 1, 22) — Caen, 15 Nov. 1916 (D. P 18, 2, 4) — Paris 21 Déc. 1916 (D. P. 17, 2, 33 et note de M. Capitant). Le Conseil d'Etat, au contraire, a admis à plusieurs reprises, notamment au sujet des marchés passés par les Municipalités avec les Compagnies concessionnaires du Gaz, que, les variations du prix des matières premières consécutives à l'état de guerre ayant dépassé toutes les prévisions que pouvaient faire normalement les parties, il était excessif d'exiger du con-

Le Tribunal Fédéral semble, cependant, hésiter à trop se servir du moyen tiré de l'article 2 et, dans plusieurs arrêts, a refusé d'y voir une autorisation donnée au juge pour corriger les conséquences, lorsqu'elles lui paraîtraient trop dures en l'espèce, de la loi ou de la convention : ainsi, a-t-il décidé que si l'erreur contractuelle ne permettait pas d'attaquer le contrat par application de l'article 28 C. O., elle ne pouvait non plus mener à l'invalider comme contredisant l'équité ou le sens moral (Arr. du 1er octobre 1915, *A. T. F.*, 41, 2, p. 579) ; ou encore, si, dans une vente de titres que le banquier vendeur savait cotés au-dessus de leur valeur réelle, il est reconnu qu'il n'a pas commis de dol en ne communiquant pas à l'acheteur les renseignements qu'il possédait sur la véritable situation de l'affaire, il n'y a pas eu non plus de sa part violation de la loyauté et de la bonne foi en affaires, au sens de l'article 2 : « Obliger le vendeur à fournir des renseignements sur la situation, serait opposer à la vente des titres en bourse une entrave contraire aux nécessités du commerce. » (Arr. du T. F. du 1er octobre 1915, *J. des Trib.*, D. F., 1917, p. 258). De même les règles de la bonne foi ne sauraient aboutir, sans couleur d'interprétation de la volonté des parties, à porter atteinte au but que visaient les prescriptions de forme d'un contrat de droit strict (Arr. du T. F., 22 décembre 1915, *A. T. F.*, 41, 2, p. 747):

Malgré ces réserves très explicables, c'est trop restreindre la portée de l'article 2 que de n'y voir, avec certains commentateurs, qu'un simple principe d'interprétation et le rajeunissement sous des termes différents de l'*exceptio doli*, au sens qu'elle avait reçu dans le dernier état du droit romain (1) : l'article 2 n'a pas pour seul but de faire prévaloir dans les contrats l'intention réelle des parties sur la lettre de leurs conventions et de prescrire au juge de les appliquer comme les parties elles-mêmes l'auraient fait en se conformant aux usages courants.

Il est exact que le premier précepte de la bonne foi, c'est que chacun remplisse ses obligations contractuelles ou légales ; mais c'est en donner une formule trop absolue que de dire : « La loi et la *lex contractus* restent toujours pour le juge suisse une limite sacrée et le nouveau droit contractuel doit maintenir le précepte d'Ulpien (D., 2, 14, 1 pr.) : « *Quid tam congruum fidei humanæ*

---

cessionnaire l'exécution pure et simple de son contrat : Arrêt du 30 mars 1916 (D. P. 16, 3, 25, avec conclusions de M. Chardenet) Arrêt du 8 février 1918 (Gaz. Pal., 1918-1919, 1, 165).

(1) En ce sens notamment, Stâhelin : *Zu Art. 3 § 1 des Zivilgestzesentwurfs* (*Zeitschrift für Schweizerisches Recht*, N. F. — Bd. 26).

quam ea quæ inter nos placuerunt servare? » (1). Ainsi entendu, en effet, l'article 2 deviendrait presque une consécration du dogme de l'autonomie de la volonté : c'est tout au moins le détourner de son sens naturel, et, si le législateur suisse a, nous le verrons plus loin, apporté à la souveraineté de la loi contractuelle plusieurs restrictions formelles et très caractéristiques, ce n'est pas pour enchaîner, au début même du Code, la liberté du juge par l'obligation de respecter en tout état de cause la volonté des parties.

Il lui en fait si peu une obligation que l'article 2 l'autorise à limiter l'exercice même d'un droit ou à s'opposer à l'exécution d'une convention, lorsque l'exercice du droit ou l'exécution de la convention apparaissent comme contraires aux règles de la bonne foi : l'article 2 devient en ce sens, sans conteste, un véritable précepte impératif ; mais cette dernière application ressort plus nettement du § 2, qui donne au respect de la bonne foi sa sanction effective, et c'est sous la rubrique de l'abus du droit que nous allons l'étudier.

§ II

L'ABUS DU DROIT

La prohibition expresse de l'abus du droit est une des règles caractéristiques du Code civil suisse : quelle qu'ait été pour la faire admettre l'influence des controverses doctrinales qui se sont livrées autour d'elle depuis une trentaine d'années en France comme en Allemagne, elle constitue une de ces innovations législatives par où se marquent les étapes du mouvement général des idées juridiques.

Ce n'est pas que la notion de l'abus du droit fût jusque là tout à fait étrangère au droit suisse. Sans doute, l'ancien droit privé ne contenait pas de règle générale pareille : seuls les cantons de Zurich et d'Argovie admettaient le principe allemand de la prohibition de la chicane. Mais le Code des Obligations de 1881, s'il ne prononçait pas le terme d'abus du droit, contenait plusieurs règles qui en impliquaient déjà la notion. Et, sans attendre une plus ample consécration législative, le Tribunal Fédéral y avait en plusieurs circonstances recouru, au nom de l'équité et de l'ordre social : dans

(1) Stâhelin, *op. cit.*, p. 376

ses arrêts, il s'appuyait avant tout sur le refus de la conscience juridique d'admettre l'intention exclusive de nuire (1).

Il hésitait cependant, à regret parfois, à en faire, en l'absence d'une disposition formelle de la loi, une application un peu extensive. En prononçant, par un Arrêt du 20 mai 1904 (*A. T. F.*, 30, 2, 284 et s.) que le refus par un Syndicat d'admettre un ouvrier alors que celui-ci subissait, de ce fait, la résiliation de son contrat de travail, ne constituait cependant pas un abus de droit et un acte illicite, parce que, en stipulant avec les organisations patronales que seuls seraient embauchés des ouvriers syndiqués, le Syndicat n'avait pas eu pour but de nuire à des personnes déterminées, mais de défendre les intérêts généraux de la corporation, le Tribunal Fédéral ajoutait : « On peut blâmer ce système au point de vue moral et social, et par des considérations d'humanité, mais il n'est pas illégal, tant qu'il n'existe pas de disposition ou de règle légale qui limite cette liberté ».

En déclarant devant le Conseil National que le principe de l'abus du droit était déjà appliqué et qu'on ne sanctionnait que ce qui était en fait du droit existant, M. Huber, s'il songeait peut-être à prévenir par là des oppositions possibles, réduisait donc avec trop de discrétion la portée du principe nouveau. Car, en dehors des applications indirectes que le Code a fait de l'abus de droit à plusieurs des matières principales où la pratique avait posé la question avant même que la doctrine s'en emparât, contrôle de l'union conjugale et de l'autorité domestique, droit de propriété, usure, louage de services à durée indéterminée et droit de grève, clauses prohibitives de concurrence (2), l'article 2, par sa formule catégorique et très générale, ajoute assurément au droit antérieur.

Or, chose curieuse, son introduction ne provoqua point de débat approfondi au sein des Commissions, ni des Assemblées législatives. Quelques discussions s'élevèrent au sujet de l'application particulière que l'Avant-Projet faisait de l'abus de droit au droit de

---

(1) Cf. à propos d'une mise à l'index, les considérants d'un arrêt du 14 octobre 1899 : « le droit porte en lui-même sa justification et celui qui veut en user peut le faire avec ou sans raison, peu importe. Toutefois la conscience juridique moderne tend à modérer l'application du principe *qui suo jure....* en ce sens que, le droit étant la première condition de l'ordre social, ne saurait être employé dans la seule intention de nuire à autrui, c'est-à-dire pour accomplir un acte anti-social. » (*A. T. F.* 25, 2, p. 803) Cf. aussi des applications diverses de l'abus de droit dans les arrêts relatés par *A. T. F.*, 11, p. 531 — 13, p. 85 — 32, 2, p. 365.

(2) Nous retrouverons plus loin ces diverses applications, en étudiant les pouvoirs de contrôle du juge ; pour l'instant nous n'étudions que le principe général.

propriété dans son article 644, § 2 : « Le propriétaire d'une chose peut en user de la manière la plus absolue, pourvu qu'il ne le fasse pas dans le but évident de nuire à autrui ». Le critérium choisi fut attaqué et la suppression de cet article fut demandée devant la Commission d'experts (1) ; il disparut effectivement de la rédaction définitive, rendu inutile qu'il était par la règle générale de l'article 2 ; celle-ci même ne souleva pas d'objections formelles lors du vote du Titre préliminaire.

Par contre, en dehors de l'Assemblée, la consécration de l'abus de droit souleva d'assez vives contradictions (2), échos de celles qui, au même moment, se faisaient entendre en France contre cette doctrine nouvelle (3). La notion même en était déclarée contradictoire et antijuridique : le droit est par essence absolu ; il perd toute utilité s'il ne peut s'exercer ; le droit cesse là où l'abus commence, et si, à un moment donné, l'exercice d'un droit devient abusif, c'est en réalité qu'il constitue un acte illicite. M. Martin, notamment, s'efforçait de prouver que l'application des règles générales de la responsabilité résultant des actes illicites suffisait à satisfaire à tous les besoins de la justice. C'était un peu jouer sur les mots et déplacer simplement le problème. Si l'acte illicite, en effet, est « un empiètement injustifié sur la sphère juridique d'autrui », il reste toujours à définir quand et pourquoi cet empiètement est injustifié. Au fond, estimant que l'intention de nuire était l'élément constitutif essentiel de l'abus de droit et qu'une telle recherche d'intention sortait de la mission du juge, il y voulait substituer une notion toute objective : mais la définition qu'il donnait de l'acte illicite n'offrait pas au juge un critérium plus précis.

Surtout, les adversaires du principe nouveau insistaient sur les dangers d'arbitraire et sur le pouvoir redoutable que l'on confiait

---

(1) « M. de Félice déclare que s'il est permis de contester l'exercice d'un droit civil pour des considérations morales, de nombreuses contestations surgiront. M. Martin appuie la proposition de M. de Félice ; cette disposition dispose que les juges sont infaillibles. Elle contient un véritable danger d'arbitraire. Il n'appartient pas au juge de sonder les intentions de celui qui fait usage de son droit. » (*Pr. verb. de la Comm. d'Exp.*, vol. III, p. 2).

(2) A. Martin : *l'abus du droit et l'acte illicite* (*Zeitschrift für schw. Recht*, 1906, p. 21-60) — Eugène Cordey : *La notion de l'abus du droit* (*J. des Trib.*, 1905, vol. 53, p. 98 à 107) — A. Huber : *Zur Kodification des Rechtsmissbrauchs* (*Schw. Juristen Zeitung*, Vol. II, p. 267 s.).

(3) Cf. Porcherot : *de l'Abus du Droit*, th., Dijon, 1902 — Charmont : *L'Abus de Droit*, *Revue critique*, 1902, p. 113 s. — Planiol : *Du fondement de la responsabilité*, *Revue critique*, 1905, p. 277 s.

aux Tribunaux : « C'est l'arbitraire qui est installé à la place du droit, écrivait toujours M. Martin, et le principal effet d'une disposition qui prohibe l'abus du droit sera d'autoriser le pouvoir judiciaire à en commettre chaque jour » (1). Et M. Cordey : « Nous n'avons en Suisse que fort peu de Tribunaux qui ne soient pas composés exclusivement de laïques. Comment exiger d'eux qu'ils appliquent sainement un texte de loi qui, pour les juristes eux-mêmes, est hérissé de difficultés et confine à l'un des problèmes les plus délicats ? Ne seront-ils pas exposés à abuser eux-mêmes étrangement de cette notion du droit, sous prétexte d'équité ?..... Il est périlleux de charger un juge, auquel on n'a même pas appris les éléments du droit, du soin d'en corriger les abus » (2).

Ces objections venaient, en partie, d'un malentendu sur la définition de l'abus de droit et d'une terminologie imprécise ; mais il faut avouer que les travaux préliminaires apportaient assez peu de lumière sur les intentions du législateur, et que certaines déclarations des rapporteurs du projet n'étaient pas, par leur imprécision même, très rassurantes.

Il semble, en effet, que les rédacteurs aient un peu flotté entre deux conceptions cependant assez divergentes de l'abus du droit : les uns n'y voyant que l'interdiction de la chicane, telle que venait de la formuler le Code civil allemand, les autres en faisant une sorte de remède ultime, assez indéterminé, aux conséquences éventuelles inéquitables d'un droit trop strict.

L'article 644 de l'Avant-Projet ne condamnait que le « but évident de nuire à autrui ». Au Conseil des Etats (3), M. Hoffmann semblait indiquer que l'article 2 était destiné à réprimer « les exigences à la Schylock », le droit n'étant pas fait pour faire triompher la chicane. Ainsi entendu, l'article 2 du Code suisse n'aurait été que la reproduction du § 226 du Code civil allemand, et, comme lui, n'aurait vu d'abus du droit que là où le droit était exercé par pure chicane et sans intérêt appréciable pour celui qui l'exerce. C'eût été consacrer une notion déjà assez couramment admise, sinon très solide par ses fondements théoriques (4), en tout cas d'une application limitée.

---

(1) A. Martin. *op.* cit., p. 47.

(2) E. Cordey, *op. cit.*, p. 107.

(3) Séance du 9 avril 1907 (*Bull. Stén.*, 1907, Cons. Et., p.. 114).

(4) L'intention de nuire, on l'a souvent fait ressortir, est un critérium assez discutable : « Les hommes passent leur vie à se nuire les uns aux autres ; la vie des sociétés est une lutte perpétuelle et universelle ; toute action, tout travail est un fait de concurrence économique et sociale ; tout homme, toute nation, qui acquiert une supériorité dans une branche quel-

Mais, par ailleurs, elle semblait recevoir une interprétation beaucoup plus extensive. Dans son Message du 28 mai 1904 à l'Assemblée fédérale, le Conseil Fédéral disait : « Des considérations pratiques militent en faveur de notre formule toute générale. Nous avons créé là une sorte de recours extraordinaire, qui doit assurer le respect de la justice au profit de ceux qui souffriraient de l'abus évident qu'un tiers ferait de son droit, lorsque les moyens extraordinaires ne suffisent pas à les protéger » (1). Et M. Rossel, donnant à cette idée une forme plus provocante, disait au Conseil National : « Nous avons cherché, dans tout notre Code, à moraliser autant que possible le droit privé qui est un peu trop, si vous me passez cette définition, la somme des égoïsmes humains » (2). La définition, assez vivement relevée par M. Martin (3), devait dépasser la pensée de son auteur, car si le droit méritait une condamnation aussi étendue et aussi radicale, quel est le juge, si libre fût-il, qui pourrait entreprendre de le corriger ? M. Rossel, en tout cas, donnait un sens très large à l'abus du droit lorsqu'il ajoutait : « Celui qui abuse de son droit ne mérite pas l'intervention tutélaire de la loi, qu'il agisse par suite d'une inconscience coupable, ou par esprit de lucre, de chicane ou de vengeance ». L'intention de nuire n'était donc pour lui plus nécessaire, et toute atteinte aux droits ou aux intérêts d'autrui faite sans aucun intérêt personnel suffisait à constituer un abus de droit.

Ce fut à la doctrine et à la jurisprudence qu'il appartint de préciser le sens exact et la portée de l'article 2, § 2 (4). La doc-

---

conque de son activité, évince ses concurrents, leur nuit et c'est son droit de leur nuire » (Planiol, *Traité de Droit civil*, II, N° 871). Sans doute, les partisans de cette théorie ne veulent condamner que l'intention exclusive de nuire ; mais comment l'établir, et n'est-ce pas vouloir étreindre l'insaisissable ? Le Code civil allemand se défend bien de prescrire une recherche d'ordre psychologique ; il parle de but et non de mobile ; il ne dit pas « qui n'a pour but » mais « qui ne peut avoir pour but », entendant par là que l'appréciation du juge doit être basée sur les manifestations extérieures de volonté, sur les circonstances objectives ; en devient-elle moins incertaine et moins arbitraire ?

(1) *Message et Projet de Code civil suisse*, p. 14.

(2) *Bull. Stén.*, XVI p. 1039, Séance du 16 Nov. 1906.

(3) *Observations sur les pouvoirs attribués au juge par le Code civil suisse*, p. 32.

(4) Pour ce qui est de la sanction de l'abus de droit, la formule du Code ne peut prêter à équivoque : elle ne signifie pas que la seule mesure à la disposition du juge soit un refus d'action, opposé par lui à qui a outrepassé son droit, ni même que son rôle se limite à assurer la réparation du préjudice causé par un abus de droit. Le juge peut, soit prescrire la réparation de l'abus par les modes divers auxquels l'art. 43 C. O. l'au-

trine (1) abandonne la conception allemande de la chicane : elle la qualifie de « méprise juridique » (2), parce que le motif, qui devient le critérium de l'abus de droit, est un élément moral, psychologique, qui ne peut servir de fondement à une règle de droit positif ; elle cherche un critérium objectif, qui enlève au juge tout prétexte à une appréciation sentimentale. Pour qu'un acte, qui, par lui-même, constitue l'exercice d'un droit individuel dont l'existence est incontestée, devienne un abus de droit, deux conditions sont à ses yeux nécessaires et suffisantes : il faut que cet acte nuise à autrui ou tout au moins le menace d'un préjudice ; et il faut qu'il ne se justifie de la part de son auteur par aucun intérêt juridique digne de protection ; effet dommageable pour autrui, absence d'intérêt personnel avouable, ce sont les deux éléments constitutifs essentiels de l'abus du droit.

Comment apprécier si l'intérêt personnel justifie l'exercice du droit ? Précisément, en se référant à ces règles de la bonne foi, de la « *Verkehrssitte* », dont le § 1 exige de tous le respect (3) : une analyse philosophique du droit subjectif peut bien le faire apparaître comme une souveraineté accordée à l'homme sur certaines choses pour assurer le développement de sa personnalité, et, par ce caractère de souveraineté, le faire croire absolu ; il n'en reste pas moins que, du fait que les hommes vivent en société et se doivent un mutuel respect de la personnalité, la plupart des droits sont limités dans leur étendue et que leur exercice est subordonné à certaines conditions.

Or ces limites et ces conditions, qui, à l'analyse abstraite, dépendent du but même du droit, varient suivant les époques et suivant les milieux : à une époque où la surface seule du sol était susceptible d'une occupation et d'une utilisation effectives, il était naturel que le droit de propriété s'étendît de façon indéfinie au-dessus et au-dessous, tandis que cette extension se révèle discutable dans un siècle où l'emprise de l'homme sur le tréfonds et l'atmosphère s'étend à des milliers de mètres de profondeur et de hauteur, sans

---

torise à recourir, soit en ordonner la suppression, en exigeant par exemple la démolition d'un mur abusivement construit devant les fenêtres du voisin, soit même prendre les mesures nécessaires pour prévenir l'abus alors qu'il n'est encore qu'imminent.

(1) Gmür, *Kommentar*, I, p. 41 — K. Huber : *Ueber den Rechtsmissbrauch*, Diss. jur., 1909, p. 78 et s. — H. Trueb : *Der Rechtsmissbrauch (Schikane) im modernen Rechte*, Diss. jur., 1909, p. 127 et s. — Piccard (Note J. des Trib., 1917. D. F., p. 243).

(2) K. Huber, *op. cit.*, p. 78..

(3) Cf. K. Huber, *op. cit.*, p. 108 s. — Gmür, *Kommentar*, p. 41.

plus aucun lien réel avec l'occupation de la surface ; le créancier impayé pouvait avoir, à l'époque des XII Tables, le droit de se saisir de la personne même de son débiteur et de le vendre, c'est par d'autres voies qu'il lui est aujourd'hui prescrit d'assurer la sauvegarde de son droit ; la coalition et le boycottage ont été déclarés illicites, alors qu'une doctrine politique individualiste proclamait contraires à l'ordre public l'association professionnelle et la rupture concertée des contrats de travail ; ils ne le sont plus depuis que la défense d'intérêts corporatifs par une action collective a été acceptée comme légitime par l'opinion commune.

Ce n'est donc, ni en recherchant le mobile, moral ou immoral, qui a dicté un acte, ni en se référant à sa propre conception philosophique du juste et de l'injuste, que le juge devra décider si l'exercice d'un droit mérite ou non la protection juridique (1), c'est en recherchant quel est l'usage normal que les honnêtes gens font d'une institution juridique, quels intérêts ils se croient mutuellement tenus de respecter, comment et jusqu'où la loyauté et les convenances sociales exigent qu'un droit soit exercé.

Les commentateurs du Code ne disent pas : « en se référant au but qu'a eu en vue le législateur, lorsqu'il a donné à un droit la consécration de la loi ». C'est la définition que propose M. Percherot (*De l'Abus de Droit*, p. 315) : à cette théorie, dite de la finalité, on a justement objecté qu'il est le plus souvent impossible de préciser le but économique et social d'une institution juridique. Si tels droits, comme le droit d'association professionnelle, ont un but assez limité et précis pour qu'on puisse en général déterminer si, dans une hypothèse donnée, il a été ou non poursuivi, comment définir par avance « les usages légitimes » du droit de propriété, qui répond à des besoins multiples et satisfait les aspirations les plus diverses ? Demander à la loi de délimiter les fins légitimes de l'activité humaine, c'est l'obliger à pénétrer dans les consciences et, cette fois, confondre le droit avec la morale.

(1) L'abus de droit, ainsi entendu, n'implique pas, comme le lui reprochait M. Esmein (Note sous Cass., S. 1898, 1, 21) une confusion de la faute juridique avec la faute morale : le plus souvent, sans doute, la morale se trouvera d'accord avec le droit pour déclarer qu'une prétention ou un acte sont abusifs, ne fût-ce que parce que le droit fonde sur les mêmes principes essentiels de la philosophie que la morale sa notion de la justice ; mais le domaine du droit s'arrête en deçà de celui de la morale, précisément à la limite qui distingue l'acte matériel ou la déclaration externe de volonté de l'intention intime, et les exigences de l'un ne vont pas aussi loin que celles de l'autre : la morale par exemple réprouverait ce bénéfice démesuré, réalisé aux dépens d'autrui, que le juge n'a pas cru pouvoir déclarer abusif, dans l'espèce que nous citons ci-dessous (*A. T. F.*, 39, 2, p. 814).

Somme toute, la doctrine incline à interpréter la règle de l'article 2, § 2, comme la consécration de ce principe que l'exercice des droits positifs a ses limites, et que, n'étant pas destiné à satisfaire au détriment d'autrui de simples caprices, mais à permettre à chacun de poursuivre et de réaliser sa fin, l'étendue et les modalités en doivent être fixées d'après les exigences d'une vie commune ordonnée. Maintenu dans les limites normales du droit, l'acte est licite, même s'il est en fait inspiré par une intention malicieuse ; au contraire, s'il ne correspond plus à ce que la conscience générale admet comme un intérêt respectable, la loi le prohibe dès l'instant qu'il préjudicie à autrui. En limitant l'examen du juge à ces deux conditions, en excluant pour lui, en théorie tout au moins, une recherche d'ordre psychologique, la doctrine vise à prévenir ces décisions arbitraires, dont les adversaires de l'abus de droit dénonçaient le danger (1).

Le législateur d'ailleurs a mis à l'admission par le juge de l'abus de droit une condition de preuve qui restreint pour lui la facilité de l'accueillir : il faut que l'abus soit « manifeste ». Par là il exige que l'abus ressorte aux yeux de tous de la manière dont le droit est exercé et des circonstances purement extérieures de la cause : dans le doute, et s'il n'est pas très clair que l'acte incriminé ne pouvait avoir un intérêt respectable pour son auteur, le juge devra s'en tenir à l'application stricte de la loi ou des conventions, et ne pourra refuser de valider cet acte (2).

D'autre part, du fait même que l'abus doit être manifeste, il

---

(1) Chaque thèse trouve ses contradicteurs : pour M. Saleilles par exemple, ce qui prête à l'arbitraire, c'est d'avoir à délimiter le droit, non plus d'après l'intention exclusive de nuire, qui est en général facile à constater, mais d'après les exigences de l'équité et des convenances sociales appréciées pour chaque droit pris en particulier. S'il trouve le paragraphe 226 du Code civil allemand trop étroit par son subjectivisme absolu, il estime la formule de l'art. 2 du Code civil suisse trop vague et trop élastique (*Bull. de la Société d'Etudes législatives*, 1905, p. 345 et 348).

Il est d'ailleurs malaisé de résumer avec précision les analyses un peu subtiles par lesquelles les commentateurs du Code suisse s'efforcent de serrer la notion de l'abus du droit : il semble qu'ils flottent entre la conception subjective, qui voit avant tout l'abus dans l'intention malveillante, et la conception objective, qui cherche un critérium dans la fonction sociale des droits individuels. Mais, à s'en tenir aux grandes lignes, le critérium auquel ils aboutissent ne diffère guère de celui dont s'inspire la jurisprudence française, et les tribunaux français ne seraient pas éloignés d'admettre la plupart des solutions qu'ont adoptées jusqu'ici les juridictions suisses et que nous analysons ci-dessous.

(2) Cf., comme autres applications particulières de cette condition, les articles 527 et 720 du C. C.

faut qu'il ait une certaine importance, et qu'il cause ou fasse redouter à celui qui en est victime un préjudice sérieux : « *de minimis non curat pretor* » ; la maxime traditionnelle trouve ici son application, et la protection donnée par la loi contre l'abus de droit ne doit pas devenir à son tour un instrument de chicane, une arme nouvelle aux mains des plaideurs incorrigibles.

Si la doctrine s'est efforcée de dégager, non sans flottements, les éléments essentiels de la notion de l'abus de droit, ce n'en est pas moins aux Tribunaux qu'il est revenu en pratique de la définir, et l'usage qu'ils en font permet de dire dans quelle mesure étaient plus ou moins justifiées les critiques qu'avait soulevées son introduction. Cette analyse des arrêts rendus sur la matière a d'autant plus d'intérêt que l'abus de droit est une des rares matières sur lesquelles depuis cinq ans une orientation jurisprudentielle se dessine déjà, qui fasse pressentir l'esprit dans lequel les Tribunaux suisses useront des pouvoirs que leur accorde le Code.

Non pas qu'à parcourir les recueils d'arrêts, on y trouve un nombre très élevé de décisions qui portent sur l'abus de droit ; les recueils, il est vrai, ne rapportent en général que les décisions du Tribunal Fédéral ou des instances cantonales supérieures, on n'en peut donc conclure avec certitude à l'inutilisation par les justiciables de ce moyen nouveau ; il est possible que des Tribunaux de première instance se soient appuyés sur l'abus de droit pour trancher des espèces qui n'auront pas été portées plus haut, quoique des décisions nombreuses aux premiers degrés de juridiction eûssent dû attirer l'attention des arrêtistes. Ce qui est caractéristique, c'est le petit nombre de cas où l'abus de droit a été admis en appel, et la tendance nette qui se révèle de la part du Tribunal Fédéral d'en restreindre l'emploi et d'en délimiter avec netteté le champ d'application (1).

Le Tribunal Fédéral s'inspire de la conception législative qui faisait de l'abus de droit un ultime moyen de défense, et la prend à la lettre en ce sens qu'il semble n'admettre le recours à l'article 2 qu'à défaut de tout autre moyen pour la partie lésée de défendre ses intérêts : si donc c'est par sa propre faute, ou seulement sa négligence ou sa maladresse, quelle subit un préjudice, elle est mal venue à invoquer un abus de droit pour prévenir ce préjudice ; le principe est posé dans un arrêt du 1er mars 1917, par lequel le

---

(1) Sur les tendances de la jurisprudence, Cf. notamment H. Fritsche. *Zwei Jahre Zivilgesetzbuch*, p. 23 à 28, et *Aus der Rechtspflege einer Demokratie* — p. 55 à 85 — ainsi que la note de M. Piccard au *Journal des Tribunaux*, D. F., 1917, p. 247 à 251, sous un arrêt du Tr. Féd. du 1er mars 1917.

Tribunal Fédéral rejette la demande d'un débiteur qui, ayant négligé d'opposer en temps utile l'exception tirée de la compensation qu'il avait à sa disposition, attaquait comme abusive la dénonciation faite par un créancier de sa cédule hypothécaire, conformément à la lettre de la convention, pour retard dans le paiement des intérêts (*A. T. F.*, 43, 2, p. 72). Autre espèce : un fonds estimé 12.000 francs est mis aux enchères ; à la deuxième adjudication, un acquéreur unique se présente qui en offre 5 francs. L'autorité publique chargée de la vente refuse de prononcer l'adjudication pour disproportion abusive entre la valeur de la chose et l'offre ; contrairement à l'avis des premiers juges, le Tribunal Fédéral valide l'adjudication, et, quoique le bénéfice de l'acquéreur puisse paraître injustifié et que les créanciers hypothécaires en subissent un grave préjudice, déclare inapplicable ce moyen tiré de l'abus de droit, parce que, la loi ayant organisé des mesures de publicité et une double enchère pour la sauvegarde de leurs intérêts, les créanciers n'ont à s'en prendre qu'à eux-mêmes de ne s'être pas assurés en temps utile une offre plus avantageuse. (*A. T. F.*, 39, 2, p. 814).

Par plusieurs arrêts, le Tribunal Fédéral a également exclu de façon formelle le recours à l'abus de droit en matière de procédure et de voies d'exécution : cassant par exemple un jugement de validation de saisie qui avait fait subir une réduction de 10 francs à une saisie de salaire pour ce motif que la conduite du créancier poursuivant révélait un but de chicane, il déclare que la règle de l'abus de droit est une règle du droit civil, justifiée par le fait que le droit écrit peut ne pas correspondre toujours à la complexité de la vie, mais qu'il n'appartient pas au juge de modifier, sous prétexte d'abus du droit, le chiffre d'une créance dans une procédure d'exécution, où l'étendue du droit est par avance délimitée, et où son exercice ne peut être qualifié d'abusif, puisqu'il est organisé par la loi elle-même pour la sauvegarde des intérêts en cause. (Arr. du 6 mai 1914, *Pr. des B. G.*, III, p. 345).

Ne peut être non plus déclarée abusive, puisque la loi l'autorise expressément la demande faite par le créancier, quand même il ne semblerait y avoir aucun intérêt direct, de dépôt dans une Caisse publique de l'objet d'une saisie. (Arr. du 12 mai 1915, *A. T. F.*, 41, 3, p. 186) (1).

Allant plus loin, le Tribunal Fédéral paraît admettre qu'il ne

---

(1) Cf. dans le même sens : Arr. du 31 octobre 1912 (*A. T. F.* 1912, 1, p. 788), et Jugement du Tribunal de Berne du 12 mars 1915 (*Schw Jur. Zeit.*, XIII, p. 268, N° 68).

peut y avoir abus, au sens de l'art. 2 dans le simple exercice d'un droit constitué de par la libre volonté des parties : par exemple dans l'opposition faite par le propriétaire du fonds dominant à l'exploitation d'une industrie interdite par l'acte constitutif de servitude, alors même qu'il n'en résulterait en fait pour lui aucun préjudice ; car il a un intérêt évident à exiger le respect d'une servitude qui est de nature à augmenter la valeur de sa propriété, et le simple exercice d'un droit librement constitué ne saurait être considéré comme un acte de chicane. (Arr. du 17 avril 1913, *A. T. F.*, 39, 2, p. 204). Jugé de même pour un congé donné à un locataire, en conformité des clauses du bail, pour retard de celui-ci dans le paiement de son loyer. (Arr. du 27 juin 1913, *Sem. jud.* 1913, p. 741). Dans le même sens, le Tribunal cantonal de Genève a refusé de voir un abus de droit dans le fait par un commerçant d'enlever une vitrine posée à côté de sa devanture, contrairement aux clauses du bail, par un autre locataire, et motivé ainsi sa sentence : « en voulant rechercher, au point de vue du bon sens et de l'équité, la commune intention des parties, les premiers juges n'ont pas tenu compte des stipulations expresses du bail ; la partie demanderesse n'a pas de motifs à donner pour réclamer le respect de stipulations librement consenties ». (Jugement du 19 oct. 1912, *Sem. jud.* 1912, p. 146) (1).

Dans les espèces mêmes où l'art. 2 § 2 est de toute évidence destiné à permettre de prononcer une solution plus équitable que celle du droit strict, les tribunaux supérieurs se montrent difficiles à admettre l'absence complète d'un intérêt légitime qui puisse justifier l'exercice du droit. A plusieurs reprises, le recours fondé sur l'art. 2 a bien été admis par le Tribunal cantonal du Tessin contre des propriétaires qui avaient élevé des murs de clôture dans des conditions intolérables pour les voisins (2) : contre un propriétaire qui avait construit à moins de 2 mètres de la maison contigüe, en bouchant tout le jour des fenêtres du rez-de-chaussée, sous prétexte que la loi n'exigeait une distance de 4 mètres que pour les « constructions » et par conséquent ne s'appliquait pas à un mur d'enceinte ; contre un autre, qui avait surélevé son mur au fur et à mesure que la maison du voisin montait d'un étage, prétendant que ce mur de plus de 10 mètres de hauteur, devait protéger ses plantations contre le vent, alors qu'il n'avait d'évi-

(1) Pas d'abus de droit toujours à exiger l'exécution « d'un contrat clair et exprès » ; il s'agit en l'espèce de la résiliation immédiate pour non paiement d'une seule annuité d'un contrat d'insertion d'annonces (jugement du Tribunal cantonal de Genève, 19 avril 1913, *Sem. Jud.*, 1913, p. 572).

(2) Jugements cités par Hans Fritsche, *op. cit.*, p. 61 à 64.

dence d'autre but que d'empêcher le voisin d'avoir vue sur son jardin ; le Tribunal ordonne au premier de démolir son mur, la grille qui existait auparavant lui assurant une clôture suffisante, au second, de le ramener à la hauteur primitive, une petite incommodité personnelle n'autorisant pas à causer à autrui une préjudice aussi disproportionné.

Mais, dans un cas inverse, où c'est le constructeur qui, n'ayant pas observé la distance légale, combat comme abusive la réclamation de son voisin, en invoquant que la construction ne lui cause aucun préjudice, le tribunal cantonal déclare le moyen de défense irrecevable avec ce considérant catégorique : « Si les distances légales ne sont pas observées sous le seul prétexte qu'une moindre distance ne gêne pas sérieusement le voisin, le droit positif perd son caractère de loi générale et retourne à l'arbitraire et à la casuistique. Si l'on voulait nier en l'espèce l'intérêt du demandeur, on supprimerait l'application de la loi sur les rapports de voisinage ». (Jugement du 15 déc. 1913, *Repertorio Giuridico*, 1914, p. 146).

Pas d'abus de droit non plus, déclare le Tribunal cantonal de Genève, car le plaignant a un intérêt manifeste et très appréciable au maintien de la servitude, à intenter une action contre un voisin dont le fonds est grevé d'une servitude de ne construire qu'une « villa » et de la faire habiter comme « villa » et qui divise sa maison en appartements pour la louer à plusieurs familles. (Arr. du 8 févr. 1913, *Sem. jud.*, 1913, p. 333) : et cependant il ne paraissait pas résulter des constatations de fait que les rapports de voisinage en subîssent aucun trouble pour le propriétaire du fonds dominant (1). Voici enfin un débiteur qui offre à un créancier hypothécaire de renoncer à son hypothèque contre dépôt du montant intégral de sa créance ; le créancier refuse et le débiteur attaque ce refus comme abusif ; mais la Cour d'appel de Zurich le déboute avec ces considérants : « l'exercice d'un droit trouve sa limite là où cesse tout intérêt de son titulaire, c'est-à-dire que le contenu d'un droit ne peut dépasser ce que demande l'intérêt raisonnable de son titulaire. Mais il n'y a pas de doute que le créancier a en l'espèce un intérêt à conserver son hypothèque, et la question à trancher est seulement de savoir s'il doit consentir au remplacement de ce droit par un autre. Or, l'art. 2 § 2 C. C. n'établit pas qu'un droit puisse être à tous moments annulé et remplacé

---

(1) Cf. l'arrêt cité plus haut du 17 avril 1913 (A. T. F., 39-2.204) où la condition d'un préjudice effectif et immédiat n'est pas non plus déclarée nécessaire pour l'exercice légitime d'une action.

par un autre, même si ce dernier satisfait les intérêts de son titulaire, aussi bien que le premier ». (Arr. du 6 août 1913. *Schw. Jur. Zeit.*, XI, p. 349, N° 285).

Au surplus, si la jurisprudence des tribunaux suisses révèle pour l'instant une tendance nette à réserver à des cas extrêmes le moyen tiré de l'abus de droit, on ne saurait dire qu'elle soit encore très assise, ni surtout que la notion qu'elle adopte de l'abus de droit ressorte très nettement de ses arrêts. Le critérium allemand de la « chicane », rejeté par la doctrine, reste à la base de plusieurs jugements des tribunaux cantonaux : le terme même de chicane y revient à diverses reprises ; le Tribunal de Glarus, dans une affaire où une partie se voit reprocher d'avoir exercé son droit de clôture par simple chicane et comme vengeance de procès perdus, rejette ces conclusions en déclarant que la preuve de la chicane n'est pas rapportée, et que le propriétaire a, en l'espèce, un intérêt certain à se clore. (Jug. du 12 mai 1916. *Schw. Jur. Zeit.*, XIII, p. 51, N° 30) (1).

Il est certain qu'en fait, cette intention chicanière, ces mobiles de vengeance, ou de jalousie, ou d'âpre revendication de son dû, que les Tribunaux supérieurs jugent insuffisants à constituer l'abus du droit seront souvent l'élément décisif qui le fera admettre par le juge de première instance : en contact direct avec les parties, il saisit sur le vif leurs vrais motifs et voit mieux à quels intérêts il doit en équité accorder sa protection (2). L'art. 2, § 2, peut être entre ses mains une arme utile pour résoudre et même pour prévenir, en en menaçant par avance le plaideur intraitable, tous ces petits procès entre voisins, qui font monter jusqu'au prétoire les échos des plus futiles conflits de la vie quotidienne : il n'est pas à désirer qu'une interprétation trop restrictive lui en retire l'usage, et le contrôle des tribunaux supérieurs suffirait, semble-t-il, à corriger les décisions arbitraires et les erreurs juridiques que, dans des affaires plus complexes, pourrait lui faire commettre un sentiment mal dirigé de l'équité.

---

(1) Il faut avouer d'ailleurs qu'au fond l'intention mauvaise et l'absence d'intérêt légitime ne sont d'ordinaire que les deux aspects, positif et négatif, d'un même élément juridique : l'absence d'intérêt légitime, en dehors du cas de simple folie et d'absence de tout mobile, implique un mobile malicieux ; la différence n'est que dans la manière de prouver le fait. Mais ce qu'exige justement le Code, c'est que la preuve n'en soit recherchée que dans les circonstances extérieures de la cause. Et c'est bien ainsi que l'entend le Tribunal de Glarus dans l'arrêt précité : « Que le plaignant ait agi par amour du prochain ou par vengeance est indifférent : le juge doit constater la chicane de façon objective ».

(2) Cf. Hans Fritsche, *Zwei Jahre Zivilgesetzbuch*, p. 23.

Qu'il risque d'en commettre, ce n'est d'ailleurs pas douteux, et plusieurs des décisions du Tribunal Fédéral ou des Cours d'appel que nous venons de rapporter cassaient des jugements qui avaient manifestement fait une fausse application de la loi (1) ou trop facilement corrigé les clauses d'un contrat (2). Mais on peut se demander si certains considérants, par leur énoncé très absolu, ne dépassent pas le but : l'exercice d'un droit contractuel, même librement consenti, par exemple, peut devenir abusif, du fait d'un changement imprévu et complet de la situation des parties, ou si le droit est exercé à contre temps et de telle manière que le débiteur en doive subir un préjudice inutile et évitable.

En tout cas, l'expérience de ces premières années d'application du Code, pour autant qu'on en peut dégager des conclusions d'ensemble, ne révèle pas cet accroissement du nombre des procès, ni ne trahit cette insécurité et cet arbitraire, dont les défenseurs des doctrines classiques avaient si vivement évoqué le danger. Est-ce parce que le pouvoir dont ce bref article est chargé n'a pas eu le temps encore de développer ses conséquences ? N'est-ce pas plutôt parce que ce sont les juges qui donnent à la loi son véritable esprit, et, seuls, en font une force agissante ? (3)

Nous n'entendons pas dire par là que les tribunaux suisses ne savent pas ou ne veulent pas se conformer à l'esprit du Code : s'ils ne se servent pas davantage de ce moyen, c'est peut-être bien que l'abus manifeste du droit se rencontre moins souvent dans la pratique que ne le croient et ne le disent des réformateurs trop ardents. Et il faut plutôt féliciter les Tribunaux d'en user avec réserve: l'abus du droit, par l'analyse délicate qu'il exige du juge, est une arme aussi dangereuse qu'efficace, et elle ne doit être employée qu'à bon escient.

---

(1) Notamment dans l'espèce tranchée par le jugement du Tribunal cantonal du Tessin du 15 décembre 1913.

(2) Cf. les arrêts du Tribunal cantonal de Genève du 19 octobre 1912 et du 19 avril 1913.

(3) L'existence et le libellé d'un texte légal sont peut-être en cette matière assez secondaires (K. Huber, p. 12 et p. 53) : en Allemagne, où l'abus de droit a pris place dans le Code civil, les Tribunaux en ont fait un si rare usage, qu'on a pu dire que le § 226 y constituait surtout un « ornement décoratif et un emblème moral » (*id.*, p. 29) ; en France, au contraire, malgré l'absence d'une disposition légale, la jurisprudence a fait de l'idée de l'abus de droit de fréquentes applications.

Section II

LA LIBRE APPRÉCIATION PAR LE JUGE DES CIRCONSTANCES ET DES MOTIFS

La prise en considération des règles de la bonne foi en affaires, la répression de l'abus de droit permettent déjà dans une certaine mesure au juge de corriger la rigidité des règles de la loi et d'en adapter l'application aux circonstances, variables à l'infini, des espèces concrètes ; par elles, l'étendue des droits civils se trouve circonscrite et leur exercice est soumis à un contrôle général.

Le Code civil suisse ne s'en est pas tenu là dans sa recherche d'une justice souple et équitable. Les règles de la bonne foi et de l'abus de droit tempèrent l'application de la loi : elles n'en restreignet pas le domaine. Destinées à résoudre un conflit entre la loi positive et l'équité, elles impliquent que c'est à la loi de définir les droits individuels et de régler les relations juridiques. La loi peut-elle assumer seule ce rôle ? Est-il raisonnable de vouloir faire d'un code un traité de casuistique juridique minutieux et complet ?

Les rédacteurs du Code n'y ont pas songé. Des éléments trop multiples et divers influent, dans une espèce concrète, sur la question de droit : différences de culture, d'état, d'âge, de sexe ; conceptions morales ou habitudes économiques propres à certaines classes sociales ; exigences diverses de chaque profession, usages locaux et coutumes traditionnelles. Un cas isolé d'ivresse sera un juste motif de résiliation pour un mécanicien de chemin de fer et ne le sera pas pour un manœuvre agricole ; telle négligence en affaires sera considérée comme engageant la responsabilité d'un négociant qui sera excusée de la part d'un propriétaire rural ; telle injure constituera un juste motif de divorce entre époux d'une certaine condition, qui serait sans conséquence dans un milieu populaire (1).

La loi ne peut cependant songer à régler chaque cas : dès l'ins-

(1) Cf. de multiples exemples de « justes motifs » relevés dans les arrêts. dans la thèse de M. Cuno Pozzy : *Begriff und Anwendung des wichtigen Grundes im Schw. Zivilgesetzbuch*, Berne, 1917.

tant où il avait renoncé aux préceptes rigides et aux tarifications uniformes de la loi des XII Tables, le Droit romain avait dû recourir à certaines conceptions élastiques, dont il appartenait au juge de préciser pour chaque espèce le sens et la portée, *æquitas*, *boni mores*, *justa causa*, *arbitrium boni viri*, *diligentia diligentis patris familias*, etc... ; les législateurs modernes en ont maintenu et développé l'usage ; poussant très loin dans cette voie, le Code civil suisse a multiplié les cas où il appartient au juge lui-même de préciser la valeur et de faire l'application d'une expression légale. Il se contente, lorsqu'il lui abandonne ainsi la décision, de lui rappeler de façon très générale dans quel esprit et avec quelle méthode il doit exercer ce pouvoir.

C'est l'objet de l'art. 4 :

Pouvoir d'appréciation du Juge.

« Le juge applique les règles du droit et de l'équité, lorsque la loi réserve son pouvoir d'appréciation ou qu'elle le charge de prononcer en tenant compte soit des circonstances, soit de justes motifs »

Le législateur s'est rendu compte de l'imprécision de ce texte et de la liberté qui en résultait pour le juge : il s'en est félicité, estimant que c'était là, justement, ce qui en faisait l'opportunité et la valeur pratique (1).

Ce n'est pas d'ailleurs, de la part des rédacteurs du Code civil, une véritable innovation. Le Code des Obligations de 1881, comme M. Huber le rappelait dans la discussion du Code civil au Conseil National (2), avait déjà consacré cette tendance et prévu des cas nombreux où la décision était laissée à l'appréciation du juge : le Code civil n'a fait qu'étendre aux autres parties du droit civil, en lui donnant une expression plus systématique, un principe, dont les premières applications n'avaient pas soulevé de résistances et qui correspondait aux traditions judiciaires de la Suisse.

Ce serait d'ailleurs mal interpréter l'art. 4 que de dire qu'il pose le principe de la liberté d'appréciation du juge. L'art. 4 ne signifie pas que l'appréciation des éléments de fait du procès est abandonnée à la discrétion du juge ; il lui indique comment il doit

(1) « Il serait évidemment possible de formuler une règle plus générale sur ce point. Le législateur y a renoncé, estimant qu'il appartenait à la doctrine et à la jurisprudence de donner peu à peu de l'idée fondamentale, en vue des circonstances changeantes de fait et de temps, cette expression définitive qui, souple et précise cependant, permettra à ceux-là mêmes qui redoutent une justice arbitraire de considérer la liberté d'appréciation du juge comme un incontestable bienfait » (*Exp. Mot.*, p. 24).

(2) Séance du 16 Nov. 1906 (*Bull. Stén.*, XVI, p. 1034 s.)

juger et à l'observation de quelles règles, sous peine de tomber dans l'arbitraire, il doit se tenir, lorsque la loi réserve son pouvoir d'appréciation.

Quand la loi s'en remet-elle à la libre appréciation du juge ? Ce n'est pas l'art. 4 qui l'indique, et il faut, pour le savoir, parcourir tour à tour tous les chapitres du Code. Les cas en sont multiples, et se dissimulent sous des formules diverses dont l'art. 4 n'énumère que les plus usuelles. Tantôt le Code stipule en termes exprès : « le juge apprécie » ou : « le juge appréciera librement » (1) : plus souvent, il charge le juge de décider s'il existe de « justes motifs » d'appliquer une solution qu'il laisse facultative, d'apprécier si un acte ou une convention reposent sur « de justes motifs » (2) ; ailleurs, il lui prescrit de prononcer « en tenant compte des circonstances » ou l'autorise à modifier la règle légale « s'il y a des circonstances spéciales » (3) : ou encore il ordonne au juge de tenir compte « équitablement » des intérêts en présence, de vérifier si les conventions privées sont « équitables », d'accorder, « une indemnité équitable (4). Toutes ces formules, dont la variété montre que le législateur suisse ne s'est pas préoccupé, avec raison peut-être, d'atteindre à la précision terminologique du Code civil allemand, reviennent à peu près au même : elles dispensent le juge de prononcer selon une règle uniforme et l'autorisent à « individualiser » sa sentence.

Ce pouvoir donné au juge par l'art. 4 n'est pas en effet celui d'étudier les éléments de fait du procès, d'examiner les preuves produites, de vérifier si les affirmations des parties correspondent à la réalité : ce pouvoir, le juge l'a toujours eu, et s'il ne l'avait pas, le recours à la justice perdrait sa raison d'être ; sa réglementation rentre d'ailleurs dans le régime de la preuve et relève de la procédure plus que du droit civil. L'art. 4 ne vise pas la constatation, mais la qualification juridique des faits et la déduction de leurs conséquences.

Soit, par exemple, une rupture anticipée du contrat de travail que le Code autorise pour de justes motifs : vérifier les circonstances de fait, confronter les déclarations des parties, retenir tel ou tel fait comme établi, c'est assurément le rôle du juge, et, à propos de la preuve, nous verrons plus loin de quelle liberté il y

---

(1) C. C. Art. 334, 706, 717, et C. O. art. 50, 163, 202.

(2) C. C. Art. 65, 72, 92, 140, 257, 267, 269, 343, 348, 350, 380, 381, 576, et C. O. art. 352, 360, 545, 685.

(3) C. C. Art. 34, 155, 674, 692, 693, 707, 766, 926, C. O. art. 30, 43, 52, 55, 56, 184, 205, 269, 291, 336, 373, 388.

(4) C. C. Art. 151, 246, 332, 347, 617, 572, 673, 674, 692, 693, 501, 756, C. O. art. 29, 39, 42, 44, 52, 54, 343, 357, 417.

jouit ; mais l'art. 4. n'a pas ici à intervenir. De dire au contraire si les circonstances retenues par lui constituent un juste motif de résiliation, si ce juste motif peut rendre exigible une indemnité pécuniaire et à combien le préjudice se doit estimer, voilà le domaine propre où s'exerce la libre appréciation du juge ; ce sont questions de droit qu'elle a à trancher, et c'était lui donner une portée trop étroite que de la faire rentrer, avec un arrêt ancien du T. F. (1) que les commentateurs du Code reconnaissent mal fondé, dans le droit de la preuve ; elle est au contraire à sa place dans les dispositions générales du Code sur l'application de la loi.

La libre appréciation ne doit pas être l'arbitraire, et l'art. 4 a précisément pour but de fixer l'étendue du pouvoir d'appréciation du juge et de lui imposer tout au moins une directive, lorsqu'il stipule : « Le juge applique les règles du droit et de l'équité » (2).

Que faut-il entendre par là ? On pourrait croire que le législateur s'est inspiré de la distinction déjà établie par lui à l'art. 1, et qu'il soumet le juge à la fois au droit positif, loi ou coutume, et au droit latent qu'il lui appartient de formuler. Telle n'est pas l'interprétation des principaux commentateurs du Code (3) ; pour eux, droit et équité, loin de s'opposer, se complètent et ne forment qu'un seul concept ; il faut entendre par là le droit juste, le droit idéal, par opposition au droit strict. Mais en quoi consiste le droit juste, nous avons déjà vu combien il est difficile de le dire, et la règle de l'art. 4 ne saurait donc être considérée comme une limitation bien effective de sa liberté. Le principe même de la libre appréciation du juge a une portée considérable, mais comme l'avouait M. Rossel dans la discussion au Conseil National, la définition qu'en donne l'art. 4 serait presque superflue si tous les juges étaient des magistrats possédant une sérieuse culture juridique.

Cependant, il faut considérer cette formule, non pas comme un conseil, mais bien comme une règle de droit impératif, d'où par suite l'on peut déduire plusieurs conséquences juridiques intéressantes. La première, c'est que chaque fois que la condition d'un juste motif est soumise par la loi à la vérification du juge, il n'est pas permis aux parties de se retirer par une clause conventionnelle le droit de recourir au juge : celui-ci a le droit absolu de

---

(1) Arrêt du 4 mai 1889 (*A. T. F.*, 15, p. 538).

(2) Le texte allemand a une tournure plus impérative : « *Vo das Gesetz den Richter auf sein Ermessen oder auf die Würdigung der Umstände oder auf wichtige Gründe verweist, hat er seine Entscheidung nach Recht und Billigkeit zu treffen.* »

(3) Gmür, *Die Anwendung des Rechtes nach Art. 1 des Z. B. G.*, p. 115, et *Kommentar*, 1, p. 46. — Egger, *Kommentar*, I, p. 14.

vérifier ce qui, en l'espèce, est juste pour les parties (1). Il faut donc, par exemple, considérer comme nulle toute clause par laquelle, dans un contrat de travail à durée illimitée, l'ouvrier renoncerait par avance à discuter le motif du renvoi (C. O. art. 352) ou par laquelle les indivis renonceraient à demander la cessation de l'indivision (C. C. art. 343). Pour qu'exceptionnellement les parties soient autorisées à soustraire au contrôle du juge la vérification des motifs, il faut une disposition expresse de la loi (2). Il en serait de même d'une renonciation anticipée à recourir au juge pour lui faire fixer une indemnité « équitable » ou pour soumettre à son appréciation l'équité d'une convention prohibitive de concurrence.

La seconde conséquence, c'est que l'appréciation du juste motif, du prix équitable, constituant une question de droit, le Tribunal Fédéral pourra en connaître : jugeant comme instance d'appel, le Tribunal Fédéral prend les faits tels que les établit le jugement attaqué (3) ; il ne peut s'appuyer sur de nouveaux faits, ni déclarer que les faits constatés par les premiers juges ne sont pas établis ; par contre, il lui appartient de vérifier si ces faits ont été qualifiés exactement par les premiers juges et s'ils en ont déduit des conséquences régulières : Il sera donc compétent pour vérifier si les circonstances invoquées par les juges du fait constituent un juste motif de résiliation, si l'évalution qu'ils ont faite d'un dommage, la contribution aux charges du ménage qu'ils ont imposée à une femme mariée, les mesures qu'ils ont ordonnées pour sauvegarder les intérêts d'un propriétaire qui subit un passage d'aqueducs ou de conduites, sont conformes au droit et à l'équité. Et ce contrôle du Tribunal Fédéral est, par lui-même, une garantie sérieuse contre l'arbitraire éventuel des Tribunaux inférieurs et l'abus qu'ils feraient de leurs pouvoirs de libre appréciation.

De ce que l'art. 4 abandonne au juge la qualification juridique de certains faits, faut-il conclure qu'il rentre dans le domaine de la libre recherche autorisée par l'art. 1 ? M. Martin (4) et plus nettement encore M. Gmür (5) y voient un des cas d'application de la libre recherche : à première vue, les deux articles sont étroitement liés et posent le même principe : l'art. 1, en ordonnant au juge de prononcer selon la règle qu'il établirait s'il avait à faire

---

(1) Zürcher, *Die Grenzen der Vertragsfreiheit*, p. 54, th. Zurich 1902.

(2) Cf. Art. 72 C. en matière d'exclusion des sociétaires dans une association. *Contra* dans une coopérative, C. O. art. 685.

(3) Cf., *infra*, chap. IV.

(4) *Observations sur les pouvoirs attribués au juge*..... p. 25 et s.

(5) *Op. cit.*, p. 114.

acte de législateur, l'art. 4, en lui prescrivant d'appliquer les règles du droit et de l'équité, le renvoient tous deux à ces règles inscrites dans la conscience collective, à ce critérium du droit juste, qui dominent l'ordre légal. Il nous semble cependant que les deux articles visent des hypothèses entièrement différentes et que l'art. 4 n'est pas une conséquence de l'art. 1er.

Libre recherche et libre appréciation n'ont de commun que la part très large que toutes deux font à la liberté du juge, mais elles répondent à des buts tout à fait distincts : si, par exemple, l'art. 163 du C. O. (1) n'existait pas et que l'interprétation analogique des règles de la lésion ne lui parût pas susceptible de lui fournir une solution certaine, le juge pourrait, par l'exercice de son droit de libre recherche, décider si le « droit » autorise une réduction des clauses pénales excessives ; au contraire, son pouvoir de libre appréciation consiste à prononcer si, dans une hypothèse déterminée, les circonstances rendent, par application de l'art. 163 C. O., une clause pénale excessive : tout à l'heure, il formulait, dans le silence de la loi une règle de droit ; maintenant, la règle légale étant du reste incontestée, il en fait une application appropriée. La libre recherche est un pouvoir supplétif, auquel le juge ne recourt que pour combler les lacunes du droit positif ; la libre appréciation, au contraire, s'exerce de façon continuelle, mais sous le contrôle de la loi, et pour mettre en œuvre le droit positif.

Il reste vrai cependant que l'art. 4, et avec lui les multiples dispositions du Code qui consacrent le pouvoir d'appréciation du juge, aboutissent par une voie indirecte à lui donner un rôle créateur, et à le faire agir comme un auxiliaire du législateur (2) : quand la loi l'autorise à tenir compte des circonstances, c'est en principe pour lui permettre d'individualiser la sentence ; mais il se trouve que les circonstances, qu'il retient, sont en fait souvent typiques, qu'elles réapparaissent en maintes espèces, et que l'appréciation du juge prend, par suite, un caractère général normatif. C'est pour cela que l'influence des précédents est si considérable sur la jurisprudence : si les considérants de chaque arrêt ne se pouvaient rapporter qu'à l'espèce jugée, les magistrats n'auraient

---

(1) « Art. 163. — Les parties fixent librement le montant de la peine. La peine stipulée ne peut être exigée lorsqu'elle a pour but de sanctionner une obligation illicite ou immorale, ni, sauf convention contraire, lorsque l'exécution d'une obligation est devenue impossible par l'effet d'une circonstance dont le débiteur n'est pas responsable.

Le juge doit réduire les peines qu'il estime excessives. »

(2) Cf. Egger, *Schweizerische Rechtssprechung und Rechtswissenschaft*, p. 15 et s.

pas de raison de s'y référer à nouveau ; mais il est rare, malgré l'infinie variété des circonstances, que les motifs d'un arrêt ne puissent valoir pour des espèces analogues.

Voici un accident survenu à un ouvrier dans son travail : il ressort des rapports médicaux que sa capacité de travail sera moins diminuée, et, par suite, que l'indemnité à payer par son patron sera moindre, s'il se laisse faire une herniotomie. S'il s'y refuse, le juge doit-il le rendre responsable de cet accroissement du dommage et, par application de l'art. 44 C. O., réduire les dommages-intérêts ? La loi laisse à l'appréciation du juge de déterminer quels faits contribuent à créer ou à augmenter le dommage : car ces faits sont susceptibles de modalités infinies ; mais cependant, pour prononcer sa sentence, le juge sera amené à s'appuyer sur des considérations d'une portée générale. Il se trouve ici en présence d'un conflit entre le droit de l'ouvrier à disposer, comme tout homme, de son corps, et le droit du patron à ne pas subir une aggravation du dommage que l'ouvrier pourrait éviter : il va rechercher si l'ouvrier appuie son refus sur de justes motifs, qui puissent prévaloir contre le droit du patron. Ces motifs seront-ils tous propres à l'ouvrier en cause ? Le juge, par exemple, déclare que l'ouvrier a le droit de s'opposer à une opération, si les médecins la reconnaissent dangereuse ou au moins douloureuse, mais que, s'il refuse de se soumettre à une opération inoffensive, le patron n'est pas responsable de la réduction supplémentaire de sa capacité de travail qui en sera la conséquence : ne fournit-il pas là un critérium général, qui pourra s'appliquer à toutes les espèces analogues et qui délimite la conception légale du juste motif ?

Cette activité créatrice du juge trouvera à s'exercer dans la plupart des cas de libre appréciation : la loi y parle d'équité, de bonne foi, de justes motifs, de faute ; elle ne définit pas ces termes, dont elle veut que le sens puisse se modifier avec l'évolution des idées juridiques et des mœurs publiques. Il importe pourtant à la sécurité des relations juridiques qu'une conception à peu près uniforme en soit admise à chaque époque : c'est au juge, en exerçant son pouvoir d'appréciation, qu'il reviendra de la préciser. Ainsi, par ses résultats, la libre appréciation complète la libre recherche.

Quelque opinion d'ailleurs que l'on adopte sur cette question d'ordre théorique, il ne semble pas que l'interprétation de l'art. 4 en soit réellement modifiée, et elle n'a d'autre intérêt que de confirmer l'utilité du pouvoir d'appréciation que le Code donne au juge. Il est vain et dangereux de lier le juge par des dispositions légales trop précises et trop détaillées, qui se heurtent toujours à

quelque hypothèse imprévue et qui ne peuvent suivre assez vite les transformations de la vie sociale. Plus le magistrat sera entravé, plus il sera tenté de tourner la loi pour se mettre en accord avec la justice. De combien d'arrêts, sous l'empire des législations les plus autoritaires, ne dit-on pas : « C'est une décision d'espèce », entendant par là que les juges ont moins cherché à faire une exacte application de la loi qu'à prendre en considération des intérêts respectables et à donner la solution qui leur paraissait la plus conforme à l'équité ?

Ce qui, dans ces législations, est une exception à laquelle il faut trouver des excuses, le Code suisse en a fait la règle : il a cherché à ce que la décision du juge fût toujours appropriée à l'espèce, et il se trouve qu'en laissant plus de liberté au juge dans l'application de la loi, loin de favoriser l'arbitraire, il l'aide à rester fidèle à l'esprit de la loi et facilite la formation d'une jurisprudence stable et cohérente.

Section III

LA LIBRE APPRÉCIATION DES PREUVES PAR LE JUGE

Le juge ne peut faire l'application de la loi à l'espèce concrète, sans avoir au préalable établi les faits de la cause. Ce n'est pas sortir de notre sujet que de préciser rapidement son rôle à cet égard. Si les règles de la preuve, notamment son administration, relèvent surtout de la procédure, c'est au Code civil qu'il appartient cependant de poser certains des principes généraux qui les régissent. Un droit, en effet, n'est utile que dans la mesure où il peut être prouvé ; suivant qu'est répartie la charge de la preuve, suivant qu'elle est exigée plus ou moins rigoureuse, l'exercice du droit et son efficacité peuvent s'en trouver touchés de façon sensible, mais en même temps s'en trouve modifiée la liberté plus ou moins grande qu'a le juge de former sa conviction et d'accorder sa sentence à sa conviction intime.

Sur la force probante attribuée aux divers modes de preuve, peu de chose à dire : la question ne devrait même relever que de la procédure. Mais le législateur fédéral a été amené, pour des raisons

historiques, à y intervenir : et, précisément, pour détruire des restes de formalisme et assurer au juge une plus grande liberté.

Comme le droit germanique, dont il dérivait, le droit suisse ancien tendait, pour les preuves, à la liberté de la forme. Mais au XIXe siècle des divergences se firent sentir : le Code Napoléon introduisit dans les Cantons de l'Ouest la prédominance des preuves écrites et l'exclusion ordinaire en matière de conventions de la preuve testimoniale. Les rédacteurs du Code des Obligations de 1881 s'étaient proposés de rétablir le principe de la liberté des preuves, mais ces dispositions furent disjointes par l'Assemblée fédérale, comme empiétant sur la compétence des Cantons, et la diversité subsista, assez gênante en pratique, puisqu'à Genève un écrit était nécessaire pour prouver un acte dont à Berne l'existence et le contenu auraient pu être établis par témoins.

Les rédacteurs du Code civil ne se sont pas arrêtés à une interprétation aussi stricte de l'art. 64 de la Constitution fédérale et ont réalisé cette réforme nécessaire. Sans établir d'ailleurs comme le Code Napoléon une réglementation complète des preuves, qui n'y eût pas été à sa place, ils se sont contentés d'introduire au Titre préliminaire deux principes, dont le choix répond à des considérations pratiques plus qu'à une logique rigoureuse.

L'art. 10 interdit à la loi cantonale de faire dépendre de formes spéciales la preuve des droits et des obligations dont la validité n'est subordonnée à aucune forme par la législation fédérale (1) ; l'acte écrit n'est, par suite, plus nécessaire que dans les cas limités où le Code l'exige (2), et les règles empruntées aux articles 1.341 et suivants du Code civil français se trouvent implicitement abrogées. Si l'on tient compte que la preuve testimoniale, les indices et les présomptions, qui peuvent désormais non plus seulement suppléer l'acte écrit, mais le contredire, laissent en fait au juge plus de liberté d'appréciation que l'acte écrit, il n'est pas douteux que cette faculté qui lui est donnée de former sa conviction sur telle preuve qui lui paraît déterminante, lui assure une plus grande indépendance et lui permet de mieux accorder sa décision avec son sentiment intime (3).

---

(1) Le Code fait des applications particulières de ce principe à l'action en divorce (art. 158) et à l'action en paternité (art. 310). Cf. arrêt T. F. 20 décembre 1917 (*Sem. jud.*, 1918, p. 167).

(2) Le C. O. pose à l'art. 9 le principe que la validité de tous les contrats, sauf disposition contraire expresse, n'est plus soumise à aucune forme particulière.

(3) Il va sans dire que rien, dans le Code, n'autorise le juge à s'écarter du principe traditionnel du droit qu'il ne peut appuyer sa conviction que

L'art. 9 règle la forme probante des registres publics et titres authentiques : il prescrit que la preuve de l'inexactitude des faits qui y sont rapportés n'est soumise à aucune forme particulière. Il n'y a donc plus de mentions qui fassent foi jusqu'à inscription de faux, comme en droit français, et même les faits que l'officier public a constatés en personne peuvent être contestés par tout autre mode de preuve. L'acte authentique et le registre public perdent ainsi toute force probante spéciale, et le juge n'est plus tenu de leur attribuer qu'une présomption de véracité (1).

Quelle doit être la force de la preuve ? Le juge ne peut en, principe, fonder sa décision que sur une preuve complète, étant entendu que, en dehors des preuves légales (présomption légale de légitimité, autorité de la chose jugée, etc...), il a le pouvoir discrétionnaire de décider si la preuve fournie est pertinente et concluante (2). Il y a cependant quelques cas où la loi autorise le juge à se contenter de simples vraisemblances : soit parce qu'une preuve complète serait inutile et entraverait une procédure qui doit être rapide, c'est le cas pour les demandes d'inscriptions provisoires de droits immobiliers sur le registre foncier (art. 961), dont l'effet et la durée sont limités ; soit parce que la preuve matérielle serait difficile ou même impossible à fournir : il s'agit notamment ici des décisions relatives à la paternité. Alors par exemple que, pour pouvoir désavouer l'enfant conçu avant le mariage ou pendant la séparation de corps, le mari n'a à prouver que l'un de ces faits, le Code fait renaître la présomption de légitimité dès qu'il *paraît* établi que le mari a cohabité avec sa femme à l'époque de la conception (art. 255, § 2). D'autre part, dans l'action en paternité, la loi tempère sur deux points les exigences d'une preuve complète : lorsque la mère est dans le besoin, le défendeur peut être condamné avant le jugement à fournir des sûretés pour les frais de l'accouchement et les pre-

---

sur les faits produits au procès, et non sur des éléments d'information qu'il lui aurait été donné de recueillir personnellement hors de l'enceinte du Tribunal : ce qui lui interdit notamment de s'appuyer sur la notoriété publique. Quelque désirable qu'il soit qu'il ne soit jamais forcé de prononcer contre sa conviction, la séparation absolue du magistrat et de l'homme privé est une garantie indispensable de son impartialité.

(1) Là où le Code prescrit la rédaction d'un acte authentique ou l'inscription sur un registre public — les cas en sont nombreux, mais l'énumération n'en offrirait ici aucun intérêt, — il vise donc à assurer une publicité en faveur des tiers, bien plutôt qu'à procurer aux parties une sécurité spéciale.

(2) Cf. un rappel exprès de ce principe en matière de divorce et de séparation de corps : art. 158 § 4.

miers soins d'entretien de l'enfant, et cela, à la seule condition que la paternité du défendeur *paraisse* établie, et même si la preuve n'est pas faite que les droits de la mère sont en péril (art. 321).

Mais surtout, la liberté donnée au juge d'apprécier les circonstances a pour conséquence indirecte, en maintes espèces, de lui permettre de prononcer sa sentence sans s'en tenir aux éléments de fait établis par les parties : c'est le cas entre autres lorsque le Code l'autorise à effectuer lui-même une évaluation pécuniaire : fixation d'un dommage matériel, « dont le montant exact ne peut être établi » (C. O., art. 41), fixation d'une indemnité accordée à titre de réparation morale (C. O., art. 47, 49), détermination de l'étendue du recours à l'égard les uns les autres des coauteurs d'un dommage (C. O., art. 50, § 2). La loi n'entend pas pour autant dispenser le juge de tout calcul (1) : elle lui reconnaît seulement la faculté de ne pas s'en tenir aux seuls éléments d'appréciation apportés au procès, mais de pouvoir faire entrer en ligne de compte son expérience de la vie quotidienne et la valeur courante de certains biens immatériels (2).

Restent enfin les règles qui distribuent le fardeau de la preuve. Leur caractère plus ou moins impératif réagit sur les pouvoirs du juge, car, en déterminant de façon stricte la partie à laquelle il incombe d'établir le bien fondé de ses prétentions, la loi met le juge dans l'obligation de la condamner si elle ne peut produire la preuve exigée, alors même qu'il aurait la conviction intime que sa cause est juste ; en laissant au contraire au juge une plus grande latitude pour demander à l'une ou l'autre des parties la preuve des faits qu'elles invoquent réciproquement ou pour se faire lui-même sa conviction, elle lui donne le moyen de renverser assez aisément leur situation et d'assurer, quelquefois à son gré, le triomphe de l'une d'elles

---

(1) Un arrêt ancien du T. F. a bien, sur l'art. 116 du C. O. de 1881 (art. 99 r.), établi que la liberté d'appréciation du juge lui permettait d'évaluer lui-même le montant d'un préjudice qu'une expertise avait omis de fixer (Arr. du 17 avril 1896, *A. T. F.*, 22, p. 506), et en une autre circonstance, le même Tribunal Fédéral a arrêté *ex æquo et bono*, pour éviter les frais d'un renvoi, le montant d'une indemnité que les premiers juges n'avait évalué que de façon imprécise ; le faible montant du dommage suffisait à justifier ces décisions exceptionnelles. Mais un arrêt du Tribunal Fédéral du 9 mai 1903 (*A. T. F.*, 29, 2, p. 282) a rappelé la nécessité pour le juge de déterminer, de façon précise et analytique, l'étendue d'un dommage causé et de la réparation à intervenir.

(2) Cf. Egger, *Kommentar*, I, p. 13.

Le principe du fardeau de la preuve est établi au Titre préliminaire du Code, par l'art. 8 : (1)

Fardeau de la preuve.

« Chaque partie doit, si la loi ne prescrit le contraire, prouver les faits qu'elle allègue pour en déduire son droit. »

C'est le maintien pur et simple de la règle traditionnelle : « *Onus probandi incumbit ei qui dicit* ». Le Tribunal Fédéral avait eu l'occasion de rappeler dans un arrêt que, « aucun principe du droit fédéral positif ne prescrit que le fardeau de la preuve doive être retourné, quand des difficultés pour l'administration de la preuve ce présentent du côté de celui qui, d'après les principes généraux du droit, aurait la charge de la preuve. » (Arrêt du 30 nov. 1906, *A. T. F.*, 32, 2, p. 714). Le Code n'a sur ce point pas élargi, au moins directement, les pouvoirs du juge.

Il n'a pas innové non plus, en ce qui concerne la restriction qu'apportent à la liberté du juge les présomptions légales. Quelques mots seulement de la présomption de bonne foi qu'établit l'art. 3. Il s'agit ici de la bonne foi subjective, de la conviction droite où est une partie qu'elle agit en vertu d'un droit certain ou qu'elle ne lèse pas autrui (2). Là où la loi en fait état, l'art. 3 stipule qu'elle sera présumée. Il serait, en effet, très dangereux pour la sécurité des affaires que le juge pût demander à une partie la preuve, difficile à rapporter, de sa bonne foi, ou qu'il fût maître de la déclarer établie ou non,, en la déduisant de faits et de circonstances qui pourraient être souvent peu concluants. L'exception faite par le § 2 n'a pas pour but, quoique le libellé en puisse prêter à confusion, de renverser le fardeau de la preuve ; elle vise plutôt à dispenser celui qui soulève l'*exceptio doli* de fournir la preuve de la mauvaise foi subjective de son adversaire, et lui impose seulement d'établir qu'il n'a pu être de bonne foi, en prouvant que l'attention

---

(1) Le législateur en fait donc une règle de droit civil, et non pas seulement de procédure : c'était déjà la jurisprudence du Tribunal Fédéral (*A. T. F.*, 26, 2, p. 486, 31, 2, p. 93). Il y en effet, en nombre de cas, une relation étroite entre la preuve du droit et son existence même. Cf. des applications particulières de ce principe, C. C. art. 32, 101, 154, 165, 188, 193, etc... Pour le commentaire détaillé de l'art. 8, Hans Kuhn, *Die Beweislast, insbesondere im Schw. Zivilgesetzbuch*, Diss. jur., Berne, 1912.

(2) L'art 3 n'a aucun rapport avec l'art. 2 : il ne prescrit pas qu'il faille être de bonne foi dans toutes les relations juridiques, ni que la bonne foi soit toujours protégée par la loi. Au Conseil des Etats, M. Hofmann déclara que cette présomption était souvent peu d'accord avec « la sauvage réalité », tout en reconnaissant qu'elle était nécessaire.

que les circonstances exigeaient de lui l'auraient fait agir autrement, s'il avait été de bonne foi (1). A la preuve incertaine d'un élément psychologique, le législateur substitue la critique de la conduite extérieure, qui prête moins à l'arbitraire du juge.

Mais le principe de la libre appréciation atténue la rigueur et réduit l'importance des règles impératives sur la charge de la preuve : la différence est peu sensible, lorsque la loi prescrit au juge de tenir compte des justes motifs ; le juge, en effet, est bien libre, alors, de décider si les circonstances alléguées constituent de justes motifs au sens de la loi ; mais il ne l'est pas de dispenser celui qui s'en prévaut de définir explicitement ces motifs et d'en établir la matérialité.

Au contraire, lorsque la loi autorise le juge à tenir compte des circonstances, il s'agit là d'éléments de preuve indéterminés qu'il puise librement dans les faits du procès : il reste sans doute de l'intérêt des parties de lui fournir des éléments d'appréciation, d'établir tous les faits, de produire tous les documents qui peuvent corroborer leurs prétentions, mais la loi ne leur impose plus de fournir aucune preuve définie ; le juge ne tranchera pas le litige en faveur d'une partie parce qu'elle aura pu établir l'existence d'un fait ou d'un titre juridique donnés, mais plutôt parce que son sentiment du droit, son expérience de la vie l'amènent, d'après la tournure générale des débats, à la conviction que les prétentions de cette partie sont justifiées au regard de l'équité.

Que ce soit bien là la pensée du législateur, et qu'il ait tenu à affranchir le juge d'une conception trop étroite et trop stricte de la preuve, l'Exposé des Motifs de l'Avant-Projet ne permet pas d'en douter. Enumérant en effet les diverses applications du principe de la libre appréciation, il écrit : « On a eu en vue les cas dans lesquels il ne peut plus être question d'administrer une preuve, et où le juge doit faire la lumière lui-même. Si le juge devait s'en tenir à un appareil de preuves régulières et complètes, il serait obligé de décider souvent contre toute équité. Et si le jugement n'est pas rendu selon les normes découlant de la répartition du fardeau de la preuve, mais d'après ce qui est très probablement la vérité, une semblable méthode n'aura rien d'arbitraire ; elle correspond, au contraire, à l'idéal d'un droit plus parfait. »

---

(1) En ce sens Egger, *Kommentar*, I, p. 12, et Gmür. *Kommentar*, I, p. 45.

CHAPITRE III

APPLICATIONS PRATIQUES DES POUVOIRS DONNÉS AU JUGE

Jusqu'ici nous avons surtout considéré le juge comme un arbitre chargé de trancher dans un procès une question de droit, de donner une solution juridique aux conflits des droits individuels et de prononcer entre des prétentions contraires ; nous avons analysé les principes généraux et d'ordre un peu théorique, par lesquels le Code civil définit son rôle et fixe les méthodes et l'esprit auxquels il doit obéir. Il faut maintenant voir, dans le détail des règles du droit civil, quels pouvoirs effectifs il lui donne pour exercer le contrôle des activités individuelles et pour assurer le respect de l'ordre social.

Car le juge, en même temps qu'un expert juridique, est un magistrat public, participant à l'exercice de l'autorité souveraine : il a une mission de protection des individus, de surveillance des conventions privées, parfois d'administration temporaire de certains intérêts, qui l'associe à la mission générale de l'Etat : promouvoir le bien commun.

Dans le droit des personnes, assurer le respect de la personnalité, veiller aux intérêts des incapables, à la sauvegarde de la durée, de l'unité, de la paix de cette cellule sociale qu'est la famille, au bon fonctionnement des autres institutions naturelles, associations ou corporations ; contrôler l'exercice des droits réels, du droit de propriété en particulier, pour empêcher qu'ils ne soient détournés de leur destination, et concilier au mieux les intérêts privés avec

l'intérêt collectif ; assurer la réparation des dommages illicites ; contrôler les rapports contractuels, s'assurer que les conventions comportent une juste équivalence des prestations, rechercher, pour les corriger, les exploitations, les lésions résultant de l'inégalité des contractants : ces diverses missions font du juge une sorte de régulateur de la vie sociale, un agent supérieur de l'équité.

Elles ne lui ont pas toujours été reconnues, elles lui sont plus ou moins largement attribuées. Les pouvoirs, dont il dispose, varient en effet avec la conception que le législateur se fait de l'ordre social, de la justice et du droit lui-même : par là, ils permettent de fixer assez exactement l'esprit d'une législation, le stade où elle en est de son évolution.

Nous allons parcourir le Code civil pour y chercher les principales innovations qu'a introduites le législateur et qui réagissent sur les pouvoirs du juge. Ce chapitre paraîtra peut-être décousu : il eût été arbitraire d'y mettre une suite et une méthode auxquelles le législateur lui-même n'avait pas songé. Ses innovations, en effet, n'ont pas été dictées par la préoccupation systématique d'élargir les pouvoirs du juge ; c'est plutôt le souci de faire respecter l'ordre social, de faire prévaloir la justice et l'équité, qui l'a, dans un certain nombre d'hypothèses, amené à autoriser l'intervention du juge, à lui donner un grand pouvoir de décision.

En outre, au cours de cet examen, nous verrons fréquemment reparaître les notions de bonne foi, d'abus de droit, de liberté d'appréciation. Au Titre préliminaire, le législateur en posait les principes : pour chaque institution juridique, il en va faire l'application pratique. Ce chapitre servira ainsi comme d'illustration aux définitions abstraites que nous avons étudiées précédemment.

Section I

CONTRÔLE PAR LE JUGE DU DROIT DES PERSONNES

Protection de la personnalité.

Le Code civil suisse a tenu à fixer de façon précise les règles juridiques relatives à la protection de la personnalité : ce n'est pas que le juge ait jamais manqué d'accorder sa protection aux personnes mêmes et à leurs intérêts physiques et moraux autant qu'à leurs intérêts pécuniaires. Mais parfois le législateur considère l'atteinte à la personnalité moins dans la personne de celui qui la subit que dans celle de son auteur, pour obliger ce dernier à la réparer : il l'englobe dans la notion générique de la faute. C'est ainsi qu'en droit français, l'article 1382, suffit, à peu près à lui seul, à fonder toutes les actions en réparation de dommage moral aussi bien que matériel ; il en était de même en Suisse, sous le régime de l'ancien Code des Obligations, dont l'article 55 rangeait l'atteinte aux intérêts personnels parmi les actes illicites. L'imprécision de ce texte pouvait favoriser l'arbitraire de la jurisprudence : les rédacteurs du Code civil ont voulu asseoir sur une base ferme le respect de la personnalité humaine et en même temps limiter les cas où une réparation pécuniaire peut être accordée.

L'inaliénabilité de la jouissance et de l'exercice des droits civils, spécialement celle de la liberté individuelle, est stipulée de façon expresse par l'article 27 C. C. : au juge de contrôler si les conventions privées portent atteinte à ce principe ; le Code en a fait des applications spéciales aux clauses prohibitives de concurrence (C. O., art. 357), aux contrats de longue durée (C. O., art. 351), aux droits d'auteur (C. O., art. 385) ; mais, d'une manière générale, le juge doit déclarer nulles toutes clauses qui constituent une renonciation à l'exercice de droits civils ou qui restreignent la liberté individuelle « dans une mesure contraire aux lois ou aux mœurs ».

Toujours le même critérium, dont il appartient au juge de fixer le sens : mœurs ne doit pas être synonyme pour lui de morale : ce n'est pas dans sa conscience intime que le juge en cherchera les

règles, mais dans l'idée que se forme d'une justice parfaite la communauté sociale à laquelle il appartient ; et c'est en tenant compte de la légitimité du but poursuivi et des moyens employés, des intérêts en jeu, de toutes les circonstances du fait, qu'il décidera si une même convention, admissible dans une hypothèse, ne devient pas dans une autre contraire aux mœurs.

Toute atteinte illicite aux intérêts personnels, qu'il s'agisse d'une atteinte à la santé, aux affections de famille, à l'honneur, à la réputation, au crédit, etc., autorise, aux termes de l'article 28 (1), le recours au juge (2). Les pouvoirs de celui-ci varient suivant la nature de cette atteinte.

En tout état de cause, le juge peut prendre les mesures nécessaires pour la faire cesser : il n'est pas nécessaire, comme il le serait pour accorder une réparation pécuniaire, qu'un préjudice soit résulté de cette atteinte ; il suffit que cette atteinte soit illicite (3). Il peut ordonner la saisie d'un écrit injurieux, prescrire la publication du jugement qui constate l'acte illicite, annuler un contrat de travail qui met en danger la santé de l'ouvrier, imposer la cessation de l'atteinte illicite en la sanctionnant d'une astreinte par chaque jour de retard ou à chaque désobéissance nouvelle.

Au contraire, pour qu'une action en dommages-intérêts puisse être intentée, l'article 28 exige en chaque cas qu'une disposition spéciale de la loi l'autorise. Le législateur, à la demande notamment de la presse, qui craignait de voir sa liberté entravée par une reconnaissance large du droit à une indemnité pécuniaire, a voulu éviter qu'on ne pût demander trop aisément la réparation du préjudice, souvent difficile à constater, et toujours délicat à apprécier, qu'aurait provoqué une atteinte à la liberté individuelle, à l'honneur du nom, au crédit, et que les hommes les

---

(1) Art. 28 : « Celui qui subit une atteinte illicite dans ses intérêts personnels peut demander au juge de la faire cesser.

Une action en dommages-intérêts ou en paiement d'une somme d'argent à titre de réparation morale ne peut être intentée que dans les cas prévus par la loi. »

(2) Tout au moins faut-il une atteinte actuelle : une diffamation passée, dont il ne reste plus souvenir, ne peut motiver une plainte (arr. du T. F. du 13 mai 1914, *Pr. des B. G.*, III, p. 309).

(3) Distinction plus théorique peut-être que pratique, car, si l'atteinte illicite ne causait aucun préjudice, même moral, quel intérêt la victime aurait-elle à agir en justice ? Elle a cependant cet intérêt qu'elle permet d'agir pour prévenir un préjudice imminent, pour lequel il ne peut être encore question de réparation : on peut demander au juge d'interdire à l'éditeur la composition ou de faire détruire le manuscrit d'un libellé diffamatoire, qu'on sait en voie d'impression, tandis qu'on ne peut demander de dommages-intérêts à l'auteur, tant qu'il n'est pas publié.

moins scrupuleux à compromettre leur réputation, pûssent devenir, dans un esprit de lucre, les plus chatouilleux à en exiger d'autrui le respect.

La limitation est d'ailleurs moins stricte qu'elle ne le paraît : car, en dehors des cas assez nombreux, usurpation de nom, rupture de fiançailles, mariage putatif, divorce, recherche de paternité, concurrence déloyale, etc., où la loi autorise expressément une action en réparation pécuniaire du préjudice moral (1), l'article 49 C. O., nous le verrons plus loin (2), admet le principe des dommages-intérêts toutes les fois qu'une faute a été commise.

C'est dans les mêmes limites que le législateur assure la protection du nom, qui en France est abandonnée à la jurisprudence : il ne se prononce pas expressément sur le principe même de la propriété du nom (3), mais il prescrit au juge de prendre les mesures nécessaires pour faire cesser une usurpation, et, en cas de faute de la part de l'usurpateur, il l'autorise à y ajouter une condamnation à des dommages-intérêts (C. C., art. 29). La jurisprudence étend ces dispositions au nom commercial (4), et s'en sert pour compléter, en tant que le nom sert à les individualiser, la protection des personnes morales et des associations, qui ne peuvent se prévaloir des dispositions du Code des Obligations (art. 876) sur la raison sociale (5).

Fiançailles.

En donnant une consécration légale à cette institution qu'ignore la législation française (6), le Code civil suisse n'a pas entendu

---

(1) Cf. C. C. art. 29 § 2, 92 et 93, 134 § 2, 151, 318 et s. et C. O. art. 47 et 48.

(2) Cf. *infra*, Section III, p. 96.

(3) Il autorise, sans y mettre aucune condition, celui dont le nom est contesté, à demander la reconnaissance de son droit ; mais ceci peut s'entendre d'un droit d'usage aussi bien que d'un droit de propriété ; et, par contre, il n'autorise celui qui se prétend victime d'une usurpation de nom à agir que s'il justifie d'une lésion, si par exemple l'usurpation compromet, par la confusion qu'elle peut provoquer, son honneur familial, son crédit, sa clientèle : or un droit exclusif à l'usage du nom devrait permettre d'attaquer toute usurpation illicite, sans qu'il y ait à établir un préjudice.

(4) Sur l'usurpation du nom d'un hôtel, (Cf. arr. T. F. du 13 juin 1913 *A. T. F.*, 39, 2, p. 264).

(5) Cf. arr. T. F. du 27 mai 1916 (*A. T. F.*, 42, 2, p. 315) et arr. du 23 mars 1918 (*J. des Trib.*, 1918, D. F., p. 508).

(6) Une réglementation légale était opportune, parce que, du silence de la loi fédérale du 24 décembre 1874 sur l'état civil, le Tribunal fédéral avait conclu au maintien des dispositions du droit cantonal, et qu'ainsi s'était

revenir au régime canonique des *sponsalia per verba de futuro*, qui liaient véritablement les futurs : le terme de promesse de mariage qu'emploie l'article 90 ne doit pas prêter à confusion, et, au surplus, l'article 91 refuse toute action à fin de célébration de mariage ou en exécution du dédit stipulé. Les fiançailles n'entraînent aucune obligation de contracter mariage (1), mais comme elles ne doivent pas être un simple jeu, jeu qui pourrait être cruel, le Code en sanctionne la rupture lorsqu'elle a lieu par la faute de l'un des fiancés. Soit que la rupture constitue une faute de la part de celui qui en prend l'initiative, parce qu'il se dédit sans juste motif, soit au contraire qu'elle soit provoquée par une faute de l'autre partie, le juge peut condamner le fiancé en faute à une indemnité équitable pour les dépenses faites de bonne foi en vue du mariage (Art. 92).

En outre, lorsque la rupture porte une grave atteinte aux intérêts d'un fiancé (2), en jetant par exemple le soupçon sur son honneur, en le ridiculisant aux yeux du public, le juge peut lui allouer une indemnité à titre de réparation morale (3).

Mariage et protection de l'union conjugale.

Le mariage, en tant que contrat, ne donne guère au juge l'occa-

---

perpétuée une diversité dont il convenait que rien ne pût subsister, même dans la jurisprudence ; le Code d'ailleurs s'est inspiré de plusieurs des dispositions anciennes. S'il a aboli le droit de succession ab intestat que Zurich et Glaris admettaient entre les fiancés, s'il n'assimile pas, comme les lois de Zurich, Schaffouse, Glaris, de la Thurgovie, les enfants des fiancés à des enfants légitimes, du moins il garde au juge le droit de les légitimer après le décès de l'un des fiancés (art. 250), comme le stipulaient les lois de Fribourg et du Canton de Vaud, et il fait de la promesse de mariage un des cas qui permettent au juge de déclarer la paternité (art. 323).

(1) Mais, tirant argument de ce qu'elles créent à tout le moins une présomption qu'elles seront suivies de mariage, un arrêt du Tribunal Fédéral a cru pouvoir reconnaître à une fiancée, privée par la mort de son fiancé qui était destiné à devenir son soutien, des avantages que lui aurait procurés un prochain mariage, qualité pour réclamer des dommages-intérêts à la personne responsable de cette mort (arr. du 14 mars 1918, *Sem. jud.*, 1918, p. 277).

(2) Cf. arr. du T. F. du 12 avril 1912, *J. des Trib.*, 1913, D. F., p. 2.

(3) L'art 93 y met comme condition que l'un des fiancés soit en faute et l'autre innocent, ce qui exclut cette action en réparation en cas de torts partagés, même si les responsabilités sont inégales. Le Tribunal Fédéral l'exclut aussi s'il y a consentement mutuel à la rupture, même si elle est imputable à une seule partie (arr. du 3 décembre 1913, *Pr. des B. G.*, III, p. 62).

sion d'intervenir que lorsqu'il devient nécessaire d'en prononcer la nullité ou de le dissoudre, et il n'y aurait rien à en dire, si le Code suisse, beaucoup plus large que le législateur et les tribunaux français à admettre en cette matière les vices du consentement, n'autorisait l'époux qui en a été victime à se prévaloir devant le juge, non seulement d'une incapacité temporaire de discernement, de menaces, ou d'une erreur sur la personne du conjoint, mais aussi « d'une erreur relative à des qualités si essentielles du conjoint que leur défaut lui rend la vie commune insupportable », et d'un dol « qui l'a induit en une erreur décisive au sujet de l'honorabilité de son conjoint » ou qui lui a fait cacher « une maladie offrant un danger grave pour sa santé ou celle de sa descendance ».

Elargissement qui répond sans doute, de la part du législateur, à un souci respectable de moralité ou d'hygiène de la race, et qui permettra de résoudre des situations difficiles si le juge prend garde de ne pas mettre simplement ces facilités nouvelles d'annuler des unions viciées dans leur essence au service des déceptions que peut procurer le mariage. Il faut avouer d'ailleurs, que, si le Code n'avait pas cru expédient d'autoriser dans ces hypothèses, l'annulation du mariage, les Tribunaux n'auraient pas refusé d'y voir une cause de divorce (C. C. art. 138 et 142) et que, par une voie plus scandaleuse peut-être, le mariage s'en serait toujours trouvé dissous.

Plus importantes, plus délicates aussi dans leur application, sont les dispositions par lesquelles le Code prévoit l'intervention du juge pour la protection de l'union conjugale. Que l'ordre public soit intéressé à la paix et à la prospérité des familles, que le législateur ait pour devoir de favoriser l'unité et la durée de ces cellules premières de la société, ce n'est pas douteux ; mais peut-on attendre quelque bénéfice du concours des autorités judiciaires ?

C'est quand l'union conjugale est irrémédiablement compromise que le juge français se voit le plus souvent appelé à intervenir, et, si l'on excepte la tentative de conciliation dont on sait le rare succès, il ne fait guère que prononcer la séparation ou le divorce (1). Le législateur suisse a cru « qu'avant de recourir à ces mesures extrêmes, il pourrait être utile d'appeler l'intervention du juge et

(1) Notons cependant les nouveaux cas de recours en justice que la loi du 13 juillet 1907 a établis, soit pour faire retirer à la femme, en cas d'abus, les droits que cette loi lui confère dans l'intérêt du ménage, soit pour faire autoriser par le juge de paix, en vue de subvenir aux besoins du ménage, le versement entre les mains de l'autre époux de tout ou partie du salaire du conjoint qui ne contribue pas pour sa part aux dépenses communes.

d'avoir recours à des mesures moins rigoureuses, moins extrêmes, dans le but de sauvegarder les intérêts de l'union conjugale » (1). Il ne s'est pas dissimulé sans doute que les mauvais ménages resteraient d'ordinaire, malgré les conseils les plus avisés du juge, de mauvais ménages, mais il lui a semblé qu'il pourrait prévenir certaines ruptures complètes, apaiser des conflits accidentels, protéger avec plus d'efficacité, parce que plus rapidement, les intérêts pécuniaires des époux (2).

L'article 169 pose le principe de l'intervention du juge et l'admet dans les conditions les plus larges : « Lorsqu'un des époux néglige ses devoirs de famille, ou expose son conjoint à péril, honte ou dommage, la partie lésée peut requérir l'intervention du juge. » A noter cependant que le juge n'a pas à intervenir d'office: son intervention est subordonnée à une requête du conjoint lésé, qui dans la plupart des cas, sera sans doute la femme ; mais, dès l'instant qu'il est sollicité de le fournir, il ne peut refuser son concours. Le paragraphe 2 ajoute : « Le juge cherche à ramener l'époux coupable à ses devoirs, et, s'il n'y réussit pas, prend les mesures prévues par la loi pour sauvegarder les intérêts de l'union conjugale. »

Le juge doit donc débuter par une admonestation, nous serions un peu tenté de dire : par un prêche. Et c'est sur l'efficacité de cette tentative de conversion et de réconciliation, si discret et si habile que le juge se montre à s'acquitter de sa mission, que quelque scepticisme reste surtout permis. Il faudra en tout cas un certain nombre d'années pour se rendre compte si le recours au juge, dont les recueils judiciaires ne portent naturellement pas trace, entre dans les mœurs, et quels résultats il est susceptible de donner.

S'appuyant sur les premières expériences d'un Tribunal de première instance, un praticien (3) a cependant affirmé le succès de cette innovation législative : et, ce qui lui paraît en constituer le principal avantage, ce sont moins justement les mesures de contrainte que la loi met à la disposition du juge, que l'occa-

---

(1) Discours de M. Gottofrey, rapp. français du projet, au Cons. Nat. (Séance du 25 mai 1905).

(2) « Comment ne pas reconnaître que dans bien des circonstances une intervention moins brutale peut remédier à temps aux maux les plus graves ? N'avons-nous pas le droit d'admettre qu'un juge expérimenté et bienveillant aura souvent l'occasion de rétablir la paix dans les ménages momentanément désunis ? » (*Message du Conseil Fédéral* du 28 mai 1904, p. 26).

(3) H. Zürcher : *Zwei Jahre Zivilgesetzbuch*, Zurich, 1915, p. 59.

sion qui lui est donnée d'obliger les conjoints à une explication franche et complète, de leur faire remarquer leurs fautes et leurs torts réciproques, de leur montrer les désagréments, les difficultés pratiques, souvent le préjudice pécuniaire, auxquels ils avaient peu réfléchi, qui résulteraient pour eux d'une rupture définitive. Du peu de fois où il a vu les parties revenir devant le juge après une première admonestation, il conclut que la réconciliation opérée était durable : peut-être au contraire, jugeaient-elles inutile de renouveler une tentative qui s'était vite révélée inefficace. Il ajoute qu'en tout cas, lorsque l'accord ne peut se faire, ou ne tient pas, cette comparution des parties fournit au juge des éléments d'information et d'appréciation utiles pour le procès en divorce ou en séparation qui la suivra ; mais ce n'est pas là le but principal recherché par le législateur.

Quoi qu'il en soit, si le rôle du juge se limitait à des remontrances et à des conseils, il est peu probable que la victime d'une union malheureuse jugeât souvent opportun de recourir à lui, et ce sont des mesures de protection plus positives qu'elle viendra en général lui demander. L'article 169 ne définit que de manière assez imprécise les mesures que le juge est autorisé à prendre. M. Egger estime qu'il jouit de la plus grande liberté et que, tout en se souvenant qu'il joue un rôle de conciliation et doit s'efforcer d'amener les parties à régler à l'amiable leur différend, il peut prescrire toutes les mesures que prévoient ou le Code, ou les lois cantonales d'Introduction (1) : on ne verrait pas en effet pourquoi il ne pourrait réintégrer par exemple la femme dans ses droits de représentation (mandat domestique, a. 163), puisque l'article 165 lui en donne le pouvoir, et l'autoriser à exercer une profession séparée (art. 167, § 2). M. Rossel, au contraire, estime qu'il ne peut en ce cas qu'autoriser une suspension de la vie commune (art. 169) ou prescrire aux débiteurs des époux d'opérer tout ou partie de leurs paiements entre les mains de la femme (art. 170) (2).

En tout cas, ces deux mesures sont certainement à sa disposi-

---

(1) *Kommentar*, I, p. 163 et s.

(2) *Manuel de Droit civil suisse*, I, p. 243. — M. Rossel s'appuie sur le changement de rédaction apporté au texte primitif, qu'il interprète comme une limitation intentionnelle des pouvoirs du juge ; les travaux préparatoires, assez peu explicites, laissent la question incertaine. Mais, c'est, semble-t-il, aller en tout cas trop loin que de permettre au juge, avec M. Egger, d'ordonner en ce cas une séparation de biens, qui exige une procédure et un jugement réguliers, ou de prendre dès ce moment les mesures relatives à la puissance paternelle et aux relations personnelles entre parents et enfants, que le Code prévoit au prononcé du divorce ou de la séparation de corps (art. 156).

tion. Le juge peut donc autoriser l'un des époux à la suspension de la vie commune (1), « lorsque sa santé, sa réputation, ou la prospérité de ses affaires sont gravement menacées par la vie en commun » (art. 170) ; il ne suffit pas de la simple négligence des devoirs de famille qui justifie l'intervention conciliatrice du juge.

En prononçant la suspension de la vie commune, le juge peut, sur la demande de l'un des conjoints, régler les subsides à verser par l'autre pour son entretien (2) : quoique le Code ne le précise pas, il semble que ces subsides ne peuvent être mis à la charge que de la partie en faute ; mais, comme il s'agit de pension alimentaire plutôt que de dommages-intérêts, le taux des subsides sera fixé par le juge moins en considération de la gravité de la faute que des besoins de la partie demanderesse et de la fortune réciproque des deux époux.

En outre, « lorsque le mari néglige ses devoirs de famille », et il ne semble être ici question que des négligences d'administration, de la dissipation ou du détournement des ressources du ménage, « le juge peut, quel que soit le régime matrimonial, prescrire aux débiteurs des époux d'opérer tout ou partie de leurs paiements entre les mains de la femme », (art. 171) (3).

La séparation de biens, quoique qualifiée par le Code de régime extraordinaire, peut être prononcée par le juge suisse pour des

---

(1) Le devoir de cohabitation n'est pas formulé expressément par le Code : il résulte des articles 159, 160, 170. Mais, au refus de cohabitation, le Code n'applique aucune sanction directe : ni la contrainte physique, qui semble de plus en plus étrangère aux mœurs, ni même des dommages-intérêts ou une saisie de revenus ; il ne reste que les mesures de l'article 171. La seule sanction efficace est malheureusement la séparation de corps ou le divorce.

De l'art. 170, dont le texte français est rédigé avec quelque imprécision, il ne faut, d'ailleurs, pas conclure que les époux eux-mêmes peuvent se faire juges du moment où cesse pour eux le devoir de cohabitation. En dehors de la suspension de vie commune, qui est de droit après introduction d'une demande en divorce ou en séparation de corps (art. 145), il faut toujours l'autorisation du juge pour lui faire produire des effets juridiques : la solution contraire serait aussi opposée à l'esprit du Code que dangereuse en pratique.

(2) Sur le caractère provisoire de ces mesures, qui échappent au contrôle du Tribunal Fédéral, Cf. arr. du T. F. du 20 juin 1917, *A. T. F.*, 43, 2, p. 275.

(3) Le débiteur le plus habituel étant le patron, qui doit le salaire du mari, cette disposition pourvoit à elle seule simplement et rapidement à un des principaux buts que s'est proposés la loi française du 13 juillet 1907. La sanction de cette disposition serait, par application du droit commun, d'obliger à un second paiement le débiteur qui se serait acquitté aux mains du mari au mépris de la défense du juge.

cas plus nombreux qu'en France : non seulement à la demande et dans l'intérêt de la femme, mais aussi à la demande et dans l'intérêt du mari (art. 184), en cas d'insolvabilité de la femme, lorsqu'elle refuse indûment d'autoriser son mari à aliéner des biens matrimoniaux ou lorsqu'elle a demandé des sûretés pour ses apports ; et aussi à la requête d'un créancier, lorsque celui-ci a subi une perte dans une saisie faite contre l'un des époux (art. 185). Prononcée par le juge (1), elle peut aussi être rapportée par lui (art. 187).

Divorce et séparation de corps.

Si efficaces que puissent être les mesures protectrices de l'union conjugale, le législateur ne s'est pas donné l'illusion qu'elles suffiraient à rétablir la paix et l'ordre dans les ménages profondément désunis, et il admet dans le Code la séparation de corps et le divorce.

A la différence du législateur français (2), le législateur suisse a prévu, pour l'une comme pour l'autre, à côté de causes déterminées assez nombreuses (3), une cause indéterminée : le divorce ou la séparation peuvent être demandés « lorsque le lien conjugal est si profondément atteint que la vie commune est devenue insupportable » (art. 142). Par cette formule, le législateur a cherché à limiter l'arbitraire du juge, à laquelle la rédaction trop imprécise de la loi de 1874 laissait libre jeu : les incertitudes de la jurisprudence étaient devenues telles, qu'il apparut nécessaire de lui donner une assise plus ferme. Le Code exige que cette atteinte au lien conjugal « rende la vie commune insupporta-

---

(1) A côté de la séparation de biens judiciaire, il existe une séparation légale, qui se produit de plein droit quand les créanciers de l'un des époux subissent une perte dans sa faillite (art. 182). Au contraire le rétablissement du régime antérieur ne résulte pas du désintéressement des créanciers et suppose toujours une décision du juge.

(2) Nous disons du « législateur », la jurisprudence extensive des tribunaux français ayant pratiquement fait de l'injure grave une cause indéterminée de divorce.,

(3) L'adultère du conjoint (art. 137), l'attentat à la vie, les sévices et injures graves (art. 138) un délit infamant ou une conduite infamante qui rende la vie commune insupportable (art. 139) ; un abandon malicieux de 2 ans au moins, l'action ne pouvant d'ailleurs être intentée que lorsque le juge ayant, après ce terme, sommé l'époux absent de rentrer au domicile conjugal dans les 6 mois, ce nouveau délai est expiré (art. 140) ; une maladie mentale rendant la vie commune insupportable et lorsqu'après 3 ans, elle a été déclarée incurable par les experts (art. 141).

ble » (1) ; il empêche que l'un des époux ne se fasse de sa violation même des devoirs conjugaux un titre au divorce, en stipulant que « si la désunion est surtout imputable à l'un des conjoints, l'action ne peut être intentée que par l'autre ». Dans plusieurs cas, il n'accorde l'action que pendant un court délai (art. 137-139).

Que le législateur ait tenté de s'opposer à la progression rapide du nombre des divorces et à la complaisance croissante des juges, l'Exposé des Motifs le prouve (2) : il est douteux qu'il y réussisse, et les premières années d'application du Code semblent plutôt lui préparer une déception. Les rédacteurs du Code estimaient que le sens moral du peuple fournirait aux tribunaux les points de repère qui leur permettraient d'interpréter équitablement la lettre de la loi ; mais le peuple, aveuglé par les sophismes du droit au bonheur, par la propagande en faveur de l'union libre, manifeste pour le divorce, dans tous les pays qui ont commis la faute de lui donner une existence légale, une indulgence, sinon même une complaisance croissantes, et il paraît vain d'attendre de l'opinion plus que des juges une réaction contre la progression du nombre des divorces. C'est un des exemples qui font ressortir avec le plus de force sur quelles bases incertaines et dangereusement mouvantes on fait reposer la moralité, lorsqu'on en veut prendre pour critérium la conscience collective et l'idéal social de la nation.

Le juge en principe a l'option entre les deux solutions : divorce ou séparation de corps. Mais la séparation est une solution plutôt exceptionnelle et en général provisoire : le juge, il est vrai, ne peut prononcer le divorce quand la séparation de corps est seule demandée ; par contre, si c'est le divorce qui est demandé, il faut, pour n'accorder que la séparation, que l'attitude des époux fasse paraître probable une réconciliation ; et surtout le divorce devient de droit s'il est demandé par l'un des conjoints, soit à l'expiration du temps pour lequel la séparation a été demandée, soit après trois ans si elle a été prononcée pour une durée indéterminée.

---

(1) Mais la jurisprudence paraît admettre que la cause peut se produire, sans qu'il y ait faute de l'un des conjoints (arr. du T. F. du 26 juin 1912, *Pr. des B. G.*, I, p. 481).

(2) Le législateur y indique notamment que le fait que la vie commune est devenue insupportable ne doit pas rendre le divorce nécessaire, et il voudrait que le juge tînt compte de tous les intérêts en présence : ainsi, dit-il, si l'épouse d'un buveur écrasée par les charges du ménage, au point que les médecins déclarent que sa santé en est gravement compromise, demande le divorce, le juge pourra cependant le lui refuser, s'il estime que le départ de la femme privera les enfants de leur soutien et que seule la femme peut opérer le relèvement du mari. Il le peut, mais le fera-t-il ?

Cette réglementation assez étroite se ressent d'une ancienne prévention du législateur suisse contre la séparation de corps, qui n'était jamais sous le régime de la loi de 1874 qu'une mesure provisoire, décrétée d'office par le juge : la faculté qui lui est laissée de ne pas prononcer la séparation de biens en même temps que la séparation de corps aura d'autant moins de portée pratique qu'elle lui est retirée si une seule des parties demande la séparation de biens.

Le juge retrouve de plus larges pouvoirs pour fixer les effets du divorce : si l'abandon par la femme du nom du mari est considéré par la jurisprudence comme une mesure impérative (1), c'est librement qu'il prend toutes les mesures relatives à la garde, à l'entretien et à l'éducation des enfants (2), et qu'il règle les indemnités que peuvent se devoir les époux. Au lieu de prévoir contre l'époux coupable des déchéances soumises au hasard du choix du régime matrimonial ou des clauses du contrat de mariage, le Code ordonne de liquider d'abord purement et simplement les intérêts pécuniaires des époux ; puis il prescrit au juge d'accorder une indemnité à l'époux innocent (3).

Cette indemnité peut comprendre deux éléments : d'une part, une indemnité pour le préjudice pécuniaire, fondée sur les principes généraux des art. 41 s. C. O., d'autre part, par application des règles protectrices de la personnalité morale (C. C. art. 28 et C. O. art. 49), une somme d'argent à titre de réparation morale « si les faits qui ont déterminé le divorce ont porté une grave atteinte aux intérêts personnels de l'époux innocent ». Le juge peut en outre accorder une pension alimentaire (4) à l'époux

(1) Arr. du T. F. du 26 juin 1912, qui déclare que l'autorisation donnée par le mari à la femme de garder son nom produit au plus effet entre les parties (*Pr. des B. G.*, I, p. 481 et s.) et que la femme ne peut le garder si des tiers s'y opposent.

(2) Cf. Arr. du T. F. du 30 mai 1912 (*Pr. des B. G.*, I., p. 498) et du 6 octobre 1912 (*Pr. des B. G.*, I, p. 631).

(3) Le Tribunal Fédéral a décidé que, pour avoir droit à une indemnité, il n'était pas nécessaire que l'époux fût rigoureusement innocent, et que la loi entendait l'accorder à celui contre qui il n'y avait pas de motif de divorce. En l'espèce, la femme ayant connu et toléré pendant 2 ans les infidélités de son mari, il a estimé que sa connivence lui enlevait le droit de demander une réparation morale au sens de l'article 551 § 2, mais que l'importance du dommage pécuniaire qu'elle éprouvait du fait du divorce suffisait à justifier l'allocation d'une indemnité (arr. du 13 juin 1912, *Pr. des B. G.*, I, p. 494).

(4) A la charge même de l'époux qui aurait provoqué le divorce sans sa faute, mais seulement par son fait : c'est le cas lorsque le divorce est prononcé pour aliénation mentale d'un conjoint.

innocent qui tomberait dans le dénûment : il la peut accorder après coup, la réduire aussi ou la supprimer lorsque la situation matérielle de l'ayant-droit ou celle du débiteur viennent à changer; au contraire, le remariage seul fait perdre le droit à l'indemnité accordée sous forme de rente viagère (1).

Il reste enfin au juge à prendre une mesure assez singulière : il doit fixer à l'époux coupable un délai, qui est en principe d'un à deux ans, qui peut être porté à trois ans en cas de divorce pour adultère (2), pendant lequel il ne pourra contracter un nouveau mariage (art. 150) : cette interdiction temporaire, qui ne frappe que l'époux coupable, a très nettement le caractère d'une peine. La formule du Code a une tournure impérative : le juge doit prononcer l'interdiction (3), la durée seule en restant à sa discrétion, contre l'époux « coupable » ou les époux « coupables », c'est-à-dire qui porte ou portent la responsabilité du divorce. Cependant la doctrine essaie par des distinctions assez arbitraires (4) d'en rendre le prononcé facultatif pour le juge, et, dans le premier arrêt qu'il a rendu sur la question, le Tribunal Fédéral a admis que, précisément parce que l'interdiction avait le caractère d'une peine et constituait une forte restriction à la liberté indivi-

---

(1) Le droit d'allouer ces indemnités de divorce sous forme de rente viagère pourrait constituer pour le juge un moyen de coercition, en certains cas assez puissant, d'empêcher l'époux innocent de se remarier.

(2) Le juge peut abréger ce délai si les époux divorcés se remarient ensemble : simple faculté d'ailleurs (art. 104). Il va sans dire que la femme se voit en toute hypothèse, imposer le délai de viduité de 300 jours: cependant ce délai disparaît en cas d'accouchement, et le juge peut l'abréger s'il n'est pas possible que la femme soit enceinte des œuvres du mari ou, là encore, si des époux se remarient ensemble.

(3) En ce sens, Rossel (*Manuel*, I., p. 218), qui reste d'ailleurs perplexe sur la définition à donner de la « culpabilité » des époux divorcés.

(4) M. Rossel serait disposé à reconnaître que l'interdiction n'a pas à être prononcée en cas de faute partagée : c'est la supprimer là où elle peut être le plus utile, lorsque les deux parties sont également incapables de remplir les devoirs du mariage (en ce sens, arr. précité du T. F. du 26 juin 1912 et Gmür, *Kommentar*, I, p. 206). M. Gmür, par contre, qui admet qu'en principe l'interdiction est obligatoire, estime que le juge auquel il répugne de prononcer une peine, parce que la vie commune par exemple est devenue impossible aux époux par suite d'une incompatibilité de caractères ou de circonstances malheureuses, pourrait s'abstenir de déclarer une partie coupable : en dehors du cas d'aliénation mentale, il sera cependant bien exceptionnel que le divorce se justifie sans qu'il y ait de faute à la charge de l'un des conjoints, et, si pour tourner l'article 150, le juge s'abstient de se prononcer sur la culpabilité des époux, il s'interdit du même coup d'accorder à l'un des conjoints une indemnité ou une pension alimentaire, ce qui peut l'entraîner à une injustice pire.

duelle, le juge ne devait la prononcer « qu'avec mesure et pour atteinte grave à des devoirs conjugaux importants » (1).

Ces hésitations s'expliquent ; déjà, lors des travaux préparatoires, l'utilité de cette mesure avait été contestée : l'interdiction de remariage ne fera pas obstacle à l'union libre, et le délai est trop court pour faire hésiter un conjoint à demander le divorce, comme en de nombreux cas une interdiction perpétuelle pourrait le faire; mais le législateur s'est refusé à admettre cette dernière, même au cas d'adultère, estimant que « le juge humain ne peut s'arroger le droit d'apprécier une question qui a trait aux côtés les plus intimes de la personnalité ; il ne sait et ne peut savoir si dans tel cas donné l'interdiction qu'il prononce n'enlève pas au conjoint son unique chance de relèvement » (2).

Il lui a paru qu'en éloignant la possibilité du convol du conjoint divorcé avec son complice d'adultère, cette interdiction temporaire empêcherait le divorce de froisser sérieusement l'opinion publique et éviterait une contradiction avec les principes fondamentaux du droit matrimonial de la Confédération : n'est-ce pas au contraire avouer que l'opinion publique est forcée de condamner, en son for intime, le remariage d'un divorcé avec son complice d'adultère, et que la logique juridique, aussi bien que la morale, aurait voulu que cette union fût prohibée de façon formelle ?

Filiation.

Les règles de la filiation ont une trop grande importance, toute incertitude, en cette matière, est trop dangereuse, pour qu'on puisse y laisser au juge beaucoup de liberté : le souci d'équité qui domine le Code suisse lui a fait cependant ouvrir, sur certains points, un plus large champ que le Code Napoléon à l'appréciation du juge.

C'est ainsi que le juge peut autoriser l'époux à intenter une action en désaveu après l'expiration du délai légal, non seulement lorsque le demandeur découvre alors seulement la fraude dans laquelle il a été induit, mais de façon très générale « lorsque de justes motifs rendent le retard excusable » (art. 257), ce qui

---

(1) Arr. précité du 26 juin 1912 (*Pr. des B. G.*, I, p. 481) : en l'espèce, le Tribunal Fédéral a levé l'interdiction prononcée par les premiers juges comme insuffisamment fondée.

(2) *Exp. Mot.*, I, p. 129.

enlève à la fixation d'un court délai une bonne part de son efficacité.

A côté de la légitimation par mariage subséquent (1) qui reste le procédé normal, le Code suisse, généralisant d'ailleurs une institution qui existait dans quelques cantons, admet la légitimation par autorité de justice dans deux cas où elle est justifiée : lorsque les père et mère s'étaient promis le mariage, et lorsque le mariage n'a pu être célébré par suite du décès de l'un des fiancés ou de la perte par l'un d'eux de la capacité requise pour contracter mariage (art. 260).

Surtout, à l'opposé du Code Napoléon, le Code suisse a admis la recherche de la paternité, et il n'a pu le faire sans confier au juge un large pouvoir d'appréciation. Le principe de la prohibition absolue s'était maintenu dans les cantons français, et les cantons allemands eux-mêmes n'admettaient en général l'action en paternité que dans des limites et avec des effets étroits : courts délais, réserve à la mère du droit d'agir, multiplicité des causes d'exclusion, faible concours du père naturel aux frais d'entretien. Le principe de la réforme n'a cependant pas été sérieusement combattu, et les objections traditionnelles d'insécurité n'ont pas entamé la conviction du législateur qu'il faisait là œuvre de justice et de moralité : il a d'ailleurs exprimé sa conviction que la prudence des juges saurait écarter tous abus (2).

L'originalité du régime qu'il a institué réside surtout dans la création de deux actions distinctes, ou plutôt, dans la fusion sous le nom commun d'action en paternité, d'une simple action en réparation pécuniaire et de la véritable action en déclaration de filiation, la seconde ne pouvant produire effet que dans des conditions beaucoup plus limitées que la première. Distinction, somme toute, bizarre, dont les travaux préliminaires ne donnent pas de justification très probante : il serait étrange que les rédacteurs du Code

---

(1) Le Code civil suisse n'exige pas, pour la légitimation, que l'enfant ait été au préalable reconnu, ce qui évite les erreurs irréparables du droit français : l'article 259 dit bien que les père et mère doivent déclarer au moment du mariage les enfants qu'ils ont eus ensemble avant le mariage, mais le § 2 stipule de façon expresse : « les enfants sont légitimés même sans déclaration ».

(2) « Dans cette matière, il reste une large place pour l'erreur, les manœuvres inavouables et le chantage. La loi ne pourra tenir compte de tous ces éléments qu'en laissant au juge assez de latitude pour qu'il puisse prononcer en pesant toutes les circonstances de l'espèce. Nous ne craignons point qu'il abuse, dans un sens ou dans l'autre, de sa liberté d'appréciation. Il devra, selon les cas, user de réserve ou de rigueur. » (*Exp. Mot.*, I, p. 227).

aient voulu la fonder sur la plus ou moins grande vraisemblance de la paternité du père ; la justice exige que, dans le premier cas aussi bien que dans le second, les Tribunaux n'accueillent la demande que s'ils ont la certitude morale de la paternité du défendeur ; quelque liberté d'appréciation que la loi leur laisse, elle ne saurait les dispenser de se faire un conviction et leur permettre d'établir leur sentence sur une simple probabilité (1).

C'est du moins en ce sens que s'est prononcé le Tribunal Fédéral qui, dans son arrêt du 1er novembre 1916 (*A. T. F.*, 42, 2, p. 524), a déclaré qu'il n'y avait pas lieu de demander, pour la seconde action, l'administration de preuves particulièrement décisives sur la cohabitation, et que si le Code exigeait pour elle des conditions supplémentaires, c'était en tout cas violer la loi que déclarer, après avoir admis la réparation pécuniaire, qu'étant donnée la gravité des conséquences de l'action, les moyens invoqués par le demandeur ne fournissaient pas un degré de conviction assez fort pour pouvoir prononcer la déclaration de paternité.

Cette question de preuve est la plus délicate : la preuve directe et matérielle de la paternité, en effet, est impossible, et les juges ne peuvent s'appuyer que sur un ensemble de présomptions. Craignant que des exigences trop strictes dans l'administration des preuves ne rendîssent illusoire l'admission de la recherche de paternité, le Code a interdit expressément aux cantons d'établir des règles plus rigoureuses que celles de leur procédure ordinaire, et lui-même, fidèle au principe que nous avons analysé plus haut (2), a jugé inutile de subordonner l'admissibilité de l'action, comme l'a fait le rédacteur de la loi française du 13 novembre 1912, à des conditions de preuves spéciales.

Pour que le juge doive présumer la paternité, il suffit que la cohabitation du défendeur avec la mère de l'enfant entre le 300e et le 180e jour avant la naissance de l'enfant soit établie : il y a dès lors une présomption légale (3) que le défendeur ne peut détruire

---

(43) Toutefois, à titre de mesure provisoire, le Code autorise le juge. lorsque la mère est dans le besoin, à condamner avant le jugement, le père présumé à fournir des sûretés pour les frais présumables de l'accouchement et ceux de l'entretien de l'enfant pendant les 3 premiers mois : il suffit pour cela que la paternité du père paraisse établie, ce qui doit s'entendre d'une preuve encore incomplète. La nature et l'importance de ces sûretés sont abandonnées à la discrétion du juge.

(2) Cf. *supra*, Chap. II, Section III, p. 64.

(3) Cf. Arr. du T. F. du 25 septembre 1913 (*Sem. jud.*, 1914, page 338) qui déclare que le juge n'a pas notamment à déférer le serment à la mère sur des relations qu'elle aurait eues avec un tiers, lorsque le défendeur avoue la cohabitation.

qu'en apportant des faits qui permettent d'élever des doutes sérieux sur la paternité, relations sexuelles de la mère avec d'autres en dehors de la période de la conception, exploitation du jeune âge du défendeur, légèretés de conduite : c'est alors au juge à apprécier d'après toutes les circonstances si la paternité reste suffisamment certaine.

Au contraire, si le défendeur établit l'inconduite de la mère au moment même de la conception, cette inconduite ne crée pas seulement une présomption irréfragable de non-paternité, elle entraîne l'irrecevabilité de la demande (1). La jurisprudence a été amenée à définir avec précision la notion de l'inconduite, qui est le moyen de défense le plus généralement soulevé par les défendeurs ; aux termes d'un arrêt du Tribunal Fédéral « on doit considérer comme inconduite toute façon de se conduire qui permet de conclure avec vraisemblance que la demanderesse a entretenu en même temps des relations avec plusieurs hommes, de telle sorte qu'il n'est plus possible de constater avec certitude la paternité de l'un d'entre eux. Même un fait isolé peut, suivant les circonstances qui l'entourent, permettre de conclure à des habitudes constitutives de la notion générique de l'inconduite » (2).

L'inconduite n'est donc pas proprement l'ancienne *exceptio plurium*, et encore moins un synonyme de prostitution : la jurisprudence, lui donnant un sens large qui restreindra les recherches abusives de paternité, l'entend d'une légèreté de conduite, à apprécier d'après les milieux (3), qui mette forcément en doute la paternité.

Dans la plupart des cas, le juge ne peut prononcer qu'une condamnation à des dommages-intérêts : avec des effets mieux déterminés, l'action en paternité correspond alors à celle que, sur le seul fondement de l'art. 1.382, les Tribunaux français étaient arrivés dans certains cas à donner à la mère.

Pour qu'il puisse déclarer la paternité, pour que le jugement produise des effets de filiation, il faut, ou que le défendeur eût pro-

(1) En ce sens arrêt du T. F. du 18 déc. 1913 (*A. T. F.*, 39, — 2, p. 685) et du 20 février 1918 (*Pr. des B. G.*, 1918, p. 136).

(2) Arr. du 14 nov. 1917, *A. T. F.*, 43, 2 — 560. — Cf. dans le même sens. *A. T. F.*, 30, — 2 — 687 et 42 — 2 — 552 — Cf. aussi Kaiser : *Die Vaterschaftsklage*, *Schw. Jur. Zeit.*, 1912, p. 301-305.

(3) « Alors même, dit l'*Exposé des Motifs* (p. 229), que le Juge chercherait un élément d'appréciation dans le niveau moral de la contrée, nous n'y trouverions rien à redire, puisqu'aussi bien il se servirait de la mesure qui seule, en cette matière, peut garantir une jurisprudence équitable. » Encore une application de ce critérium variable et tout relatif des bonnes mœurs.

mis le mariage à la mère, ou que la cohabitation ait été un acte criminel (viol ou rapt de violence) ou un abus d'autorité. Encore le juge ne peut-il déclarer la paternité lorsque le père était marié lors de la cohabitation, les droits de la famille légitime primant ici ceux de l'enfant naturel (1).

En somme, le Code civil suisse ouvre plus largement l'action que la loi française du 13 novembre 1912, mais en limite beaucoup plus les effets. A en juger par les arrêts rapportés, les recours au juge semblent avoir été dès les premières années assez nombreux, mais la jurisprudence semble aussi se préoccuper d'en décourager l'abus.

Contrôle de l'Autorité Domestique.

Le Code a cru nécessaire de résumer en quelques articles la mission et les devoirs de l'autorité domestique. Il prend ces termes dans un sens très large. Ce n'est pas seulement l'autorité du père de famille sur ses enfants et domestiques vivant avec lui ; « elle s'étend sur tous ceux qui font ménage commun en qualité de parents ou d'alliés, ou aux termes d'un contrat » (art. 331), sur les ouvriers par conséquent, et les apprentis installés à demeure chez leur patron, sur les pensionnaires et le personnel d'un collège, d'une pension de famille, d'une clinique ou de toute autre institution.

Pour que l'ordre règne dans la maison, surtout si elle est nombreuse, le chef de maison doit en régler, sous une forme plus ou moins explicite et détaillée, l'organisation intérieure, et définir les devoirs de chacun, en fixant par exemple les mesures d'hygiène à observer, les heures de fermeture des portes, les temps libres, l'usage des locaux communs, etc... ; ces mesures réglementaires, qui, par leur nature et leur but, peuvent se comparer au règlement d'atelier (2), constituent comme lui la loi privée d'une collectivité douée d'une vie propre et en principe autonome. Mais, à cette autonomie, le législateur fait brèche, en imposant au chef de famille des obligations précises et en le soumettant par là-même au contrôle du juge.

Qu'il lui fasse un devoir strict de veiller à la conservation et à la sûreté des effets des personnes vivant en ménage commun (art. 332,

---

(1) Mais l'action en dommages-intérêts reste possible même si elle doit faire constater une filiation adultérine ou incestueuse.

(2) Sur la nature juridique du contrat d'atelier, Cf. E. Gounot : *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé*, p. 289 et s.

§ 3), qu'il définisse de façon explicite sa responsabilité pour les dommages occasionnés par les personnes placées sous son autorité (art. 333), il n'y a rien là que de naturel, et un texte légal n'est pas, en cette matière, inopportun. Mais le Code pose aussi ce principe général que l'ordre de la maison « doit être établi de manière à tenir compte équitablement des intérêts de chacun », et que, notamment, tous doivent jouir « de la liberté qui leur est nécessaire pour leur éducation, leur profession, et leurs besoins religieux. » (art. 332).

L'intention du législateur est excellente, mais il est permis de se demander s'il ne sort pas ici de ses attributions pour empiéter sur celles du moraliste : il semble en avoir eu lui-même un peu le sentiment, et, à la Commission d'Experts par exemple, M. Martin avait demandé la suppression de ces dispositions comme dépourvues d'efficacité pratique.

De fait, s'agit-il de violations graves de ces devoirs par l'autorité domestique, elles trouvent déjà par ailleurs dans le Code des sanctions effectives : si les victimes en sont des personnes attachées à la maison par un contrat de travail, le juge n'hésitera pas à y voir un de ces justes motifs pour lesquels le Code des Obligations (Arr. 352, 353) autorise la résiliation immédiate du contrat, et, le cas échéant, il y ajoutera des dommages-intérêts ; si ce sont les enfants, l'autorité tutélaire sera fondée à intervenir pour prendre les mesures nécessaires à leur protection (Art. 283) ou même prononcer la déchéance de l'autorité paternelle (Art. 285). Que pourrait faire de plus le juge sollicité d'intervenir par application de l'article 332 ? S'agit-il au contraire de menus incidents intérieurs, des discussions et des heurts que provoquent des divergences de caractère ou d'humeur, ou même une discipline trop autoritaire, l'intervention du juge, si conciliantes soient ses intentions, ne risque-t-elle pas ou de rester stérile, ou même d'envenimer les conflits qu'elle prétend apaiser ? Voit-on le juge intervenir pour enjoindre au père de laisser son fils aller le soir au théâtre ou d'accorder à ses domestiques la liberté de leur dimanche ? De quelque haute mission que soient investis le législateur civil et le juge, c'est à une autorité d'un autre ordre qu'il revient de définir les devoirs familiaux, et, en en commandant le respect, d'assurer l'ordre et la paix à l'intérieur de la maison.

Des dispositions nouvelles que le Code contient sur l'autorité domestique, une seule est vraiment utile et témoigne, en même temps que d'un souci honorable d'équité, d'un sens pratique averti : il arrive assez fréquemment, surtout à la campagne, que des enfants majeurs, vivant en ménage commun avec leurs parents

(1), consacrent leur travail et même leurs revenus personnels à l'exploitation familiale et, sans recevoir de salaire, fassent comptes communs avec eux ; est-il juste que leurs gains profitent aux créanciers des parents ? L'article 334 les autorise à participer à la saisie ou à intervenir dans la faillite pour faire valoir leur créance contre leurs parents. Mais le montant de cette créance sera, d'ordinaire, difficile à évaluer avec précision, d'autant qu'il en faut retrancher la nourriture, le logement et tout ce qui aurait été payé par eux sur la caisse commune, et il importe que cette revendication ne devienne pas un moyen de fraude contre les créanciers et ne diminue pas abusivement leur gage : ne pouvant entrer dans les détails, le législateur a chargé le juge d'apprécier librement la légitimité et le montant de la créance.

Partage et Indivision.

De cette disposition, il faut rapprocher la règle de l'art. 633, qui, en cas de partage successoral, permet d'accorder une indemnité aux enfants en raison des sacrifices faits par eux pour la famille. Il ne s'agit pas là des prestations d'enfants majeurs restés au service de leurs parents sur la base d'un contrat de travail exprès ou tacite, l'article 334 leur permet déjà d'en faire état au moment du partage ; ce que le Code leur reconnaît, c'est une sorte de legs légal qui leur est accordé par préciput et hors part, en compensation de ce qu'ils ont fait pour leurs parents, et cela pour des raisons d'équité, tout comme à l'art. 631 § 2, le même avantage est accordé à l'enfant infirme ou à celui qui n'est pas encore élevé au moment du décès de ses parents (2). La demande d'indemnité des enfants est admissible, même si, au moment du décès, ce ménage commun avait cessé, car la loi suppose que les enfants, pour des raisons de délicatesse, n'auront rien pu réclamer à leurs parents de leur vivant en contre valeur de ces prestations. Si une contestation s'élève sur la légitimité ou le taux de ces indemnités, le juge l'appréciera souverainement.

Le souci très affirmé du Code civil suisse de défendre les intérêts de la famille, l'a conduit aussi à la protéger contre l'émiettement des héritages et contre les partages intempestifs : à côté

---

(1) La jurisprudence n'entend par ce terme que les père et mère à l'exclusion des grands parents (arr. du T. F. du 6 déc. 1917, *J. des Trib.* 1918, D. F., p. 320).

(2) C'est l'interprétation donnée par le Tribunal Fédéral dans un arrêt très explicite du 15 janvier 1919 (*A. T. F.*, 45, 1, 1).

des fondations de famille, à côté de l'asile de famille, qui correspond au Homestead américain et au bien de famille français, le Code admet très largement l'indivision, s'abstient d'en limiter la durée, et en assouplit le fonctionnement pour en faciliter le maintien.

L'indivision (1) suppose par essence le plein accord des propriétaires : le juge n'y doit intervenir que pour en ordonner la dissolution. Encore est-il bon pour que les co-propriétaires n'hésitent pas à souscrire à l'indivision, qu'ils puissent s'adresser à la justice pour la faire cesser : aussi, alors que la dénonciation par les indivis eux-mêmes n'est admise que si l'indivision était conclue pour une durée indéterminée, le juge peut, en tout temps et quelles que fûssent les conventions, prononcer la cessation de l'indivision à la demande d'un indivis fondée sur de justes motifs (Arr. 343 § 5). Que des dissentiments graves surgissent entre les indivis, que l'inconduite ou l'incurie de l'un d'eux compromette les intérêts communs, ou pour toute autre cause sérieuse, le recours au juge permettra de faire tomber les conventions antérieures : garantie sage dont il sera intéressant de voir si elle provoque un emploi plus fréquent d'une institution que les mœurs modernes, en Suisse comme en France, ne semblent plus guère utiliser qu'avec défiance et comme un pis aller.

Section II

CONTRÔLE PAR LE JUGE DES DROITS RÉELS

En matière de droits réels, le Code civil suisse ne contient pas d'innovations importantes, qui aient pour conséquence d'étendre de façon sensible le rôle et les pouvoirs du juge : les droits réels, par leur nature même, se prêtent d'ailleurs moins que le droit des personnes ou celui des obligations, à une libre appréciation des

(1) A côté de l'indivision commune, où d'ailleurs les indivis peuvent désigner, pour en simplifier l'administration, un chef de l'indivision qui les représente tous (art. 341), le Code suisse a institué l'indivision en participation, destinée notamment à éviter le partage successoral d'une exploitation agricole (Cf. art. 642) : comme une Société en nom collectif,

circonstances (1). Quelques points de détail seulement sont à signaler, où, toujours préoccupé de compromettre par des solutions impératives des intérêts respectables, le Code s'en remet au juge du soin de résoudre le litige au mieux de l'équité et du droit.

Limites du droit de propriété.

L'article 684 fait, à l'exercice du droit de propriété et spécialement aux rapports de voisinage, une application particulière du principe de l'abus du droit, en prescrivant que le propriétaire doit, dans l'exercice de son droit, s'abstenir de tout excès au détriment de la propriété de son voisin (2). Il s'agit bien, dans la pensée du législateur, non pas de servitudes légales, mais de restrictions au droit de propriété, et qui ne se limitent pas aux exemples donnés par le Code : le Tribunal Fédéral a jugé que cet article interdisait tout excès, et que, notamment, la propriété d'autrui devait être considérée comme atteinte, « non seulement lorsque l'intégrité du fonds est touchée, mais aussi lorsque l'usage de la propriété est rendu impossible ou entravé d'une manière excessive par suite d'une cause qui atteint les hommes aux besoins desquels la chose est destinée (3). Pour fixer les limites de la tolé-

---

cette indivision, réduite au partage des bénéfices nets, est administrée de droit par un seul indivis ; cependant le juge peut déroger à ce principe et, sur la demande motivée d'un autre indivis, l'autoriser à participer à l'exploitation du gérant (art. 348 § 2).

(1) L'Exposé des Motifs insiste toutefois sur cette idée que, si la sécurité des affaires exige de façon spéciale en matière de droits réels des solutions précises, la voix de l'équité doit cependant s'y faire entendre. La libre appréciation du juge y peut être d'un grand secours non seulement pour faire l'estimation d'un dommage, mais pour fixer l'attribution d'un droit de propriété ou la constitution d'un autre droit réel ; le législateur en donne comme exemple les diverses hypothèses que nous citons dans cette section (art. 674, 689, 697, etc...) Et, tout en avouant qu'avec un pareil système un certain arbitraire peut ne pas être impossible, il ajoute : « Arbitraire pour arbitraire, nous aurions, dans ces diverses éventualités, moins peur de celui du juge que de celui du législateur ».

(2) Art. 684 : « Le propriétaire est tenu, dans l'exercice de son droit, spécialement dans ses travaux d'exploitation industrielle, de s'abstenir de tout excès au détriment de la propriété du voisin.

Sont interdites en particulier les émissions de fumée ou de suie, les émanations incommodantes, les bruits, les trépidations qui ont un effet dommageable et qui excèdent les limites de la tolérance que se doivent les voisins eu égard à l'usage local, à la situation et à la nature des immeubles. »

(3) Arrêt du 12 octobre 1916 (*J. des Trib.*, D. F., 1918, p. 34) : en l'espèce, il s'agissait de l'établissement d'une clinique pour maladies incurables, et,

rance que se doivent les voisins, il n'y a pas de règle absolue, et ce sera au juge, en vertu de son pouvoir de libre appréciation, de les fixer, d'après les règles de la bonne foi (1) et de prescrire toutes les mesures nécessaires pour faire cesser ou même pour prévenir (2) les abus constatés ou imminents.

Servitudes.

Une disposition de détail intéressante est celle qui prévoit la libération judiciaire d'une servitude. Le législateur, estimant que les servitudes conventionnelles sont une anomalie et peuvent devenir une plaie, s'est efforcé d'en réduire la durée : il autorise le propriétaire grevé à en exiger la radiation lorsqu'elle a perdu toute utilité pour le fonds dominant ; il lui permet même d'en demander au juge, contre indemnité, la libération totale ou partielle (3), si la servitude ne conserve qu'une utilité réduite hors de proportion avec les charges qu'elle impose au fonds servant (Art. 736) : il lui a paru en effet qu'il était nécessaire de donner au propriétaire grevé le moyen d'obtenir l'extinction d'une servitude dont la radiation ne serait refusée que par esprit de chicane ou de lucre.

Par contre, le Code n'a pas accordé au juge le droit, qui avait été demandé pour lui lors des travaux préparatoires, de prononcer l'extinction d'une servitude pour non usage pendant 10 ans ; mais il est clair que le non usage prolongé sera tout au moins un moyen de prononcer l'absence d'intérêt. La libération judiciaire est plus souple que la prescription extinctive, et, si le juge en fait une

---

en rejetant la plainte du voisin comme insuffisamment fondée en fait, le Tribunal fédéral reconnaît que le droit d'agir pour un pareil motif n'est pas contestable. Cf. sur les tendances de la jurisprudence française, Gautier, *Des restrictions apportées par voie d'interprétation judiciaire au droit de propriété*, th., Paris, 1902.

(1) Cf. arrêt du 5 février 1914 (*A. T. F.*, 40, 2, p. 26) et arr. de la Cour d'Appel de Fribourg du 1er juin 1915 (*Schw. Jur. Zeit*, t. XIV, p. 75).

(2) Le juge ne peut intervenir pour prévenir un abus seulement imminent que « sur la preuve rigoureuse que l'ouvrage ne pourra pas être exploité autrement que d'une façon préjudiciable au fonds voisin et qu'ainsi l'exploitation aura certainement et nécessairement pour effet un empiètement abusif sur les droits du propriétaire voisin » (Arr. du T. F. du 28 septembre 1916, *J. des Trib.*, D. F., 1917, p. 21).

(3) La libération partielle peut aussi être remplacée par un déplacement de la servitude (Arr. du T. F. du 21 février 1917, *J. des Trib.*, D. F., 1918, p. 13).

application prudente et équitable, cette règle du Code suisse est susceptible de résoudre, en matière de propriété foncière, bien des difficultés et de corriger bien des abus.

Indemnités.

Contrairement à la solution plus simple, mais moins équitable du Code civil français dans son article 585, le Code suisse autorise le juge à accorder au propriétaire ou à l'usufruitier qui a pourvu à la culture, une indemnité équitable pour ses impenses, à verser par celui qui a récolté. (Art. 756).

Il en est de même pour les litiges résultant de construction sur le fonds d'autrui : si le propriétaire du fonds a employé les matériaux d'autrui sans son assentiment, celui-ci peut les revendiquer et exiger la séparation aux frais du constructeur, mais il appartient au juge d'apprécier s'il n'en doit pas résulter un dommage excessif (Art. 671). En outre, si la valeur des constructions excède évidemment celle du fonds, le juge peut, sur la demande de la partie qui est de bonne foi, attribuer la valeur du tout au propriétaire des matériaux, contre paiement d'une indemnité équitable (art. 673): solution plus simple que celle à laquelle réduit le silence du Code Napoléon, la vente volontaire ou sur saisie du fonds pour permettre au propriétaire des matériaux de se payer sur le prix. Au cas aussi où une construction empiétant sur le terrain d'autrui, à laquelle le propriétaire lésé, quoique prévenu, ne s'est pas opposé en temps utile, le constructeur, s'il est de bonne foi (1), et que les circonstances le permettent, c'est-à-dire si la démolition devait entraîner pour lui un dommage sérieux, peut obtenir du juge soit la constitution d'une servitude, soit la vente du terrain usurpé, contre paiement d'une indemnité équitable. (Art. 674, § 3).

Signalons enfin, sans y insister, que le Code réglemente en détail l'obligation pour le propriétaire d'un fonds, de permettre l'établissement à travers son terrain d'aqueducs, drains, conduites électriques aériennes ou souterraines : il appartient au juge, non seulement de fixer équitablement l'indemnité due au propriétaire du terrain, mais de prescrire la solution qui sauvegarde le mieux ses intérêts (art. 692), par exemple en interdisant un tracé rectiligne s'il en doit résulter pour lui un dommage spécial, en imposant même un tracé qui évite le fonds, si la chose est possible sans frais excessifs (art. 691); à l'inverse, en cas de déplacement des

(1) Sur l'appréciation de la bonne foi, Cf. un arr. du T. F. du 5 mai 1915 (*A. T. F.*, 41, 2, p. 221).

installations par suite de circonstances nouvelles, il peut mettre à la charge du propriétaire du sol une partie des frais, si celui-ci doit tirer profit du déplacement (art. 693).

Etat de nécessité et légitime défense.

Plus délicate et plus intéressante sera l'application par le juge de la règle, d'une inspiration généreuse, et qui se refuse à toute précision, posée par l'article 701 : « Si quelqu'un ne peut se préserver ou préserver autrui d'un dommage imminent ou d'un danger présent qu'en portant atteinte à la propriété d'un tiers, celui-ci est tenu de souffrir cette atteinte, pourvu qu'elle soit de peu d'importance en comparaison du dommage ou du danger qu'il s'agit de prévenir. Le propriétaire peut, s'il a subi un préjudice, réclamer une indemnité équitable ».

Il ne s'agit pas seulement pour le juge d'apprécier le préjudice qu'aura subi le propriétaire et de lui accorder une indemnité équitable, il lui faut aussi mettre en balance le préjudice subi et le dommage ou le danger qu'il s'agissait de prévenir, et, de ce parallèle, déduire si l'atteinte à la propriété était ou non justifiée. C'est tout le problème de la limite des droits individuels, de la nature et de la finalité du droit de propriété, qui à propos d'un banal incident peut se poser au juge : il n'hésitera probablement pas à approuver la démolition d'une clôture faite pour permettre de combattre un incendie, mais, s'il autorise un touriste égaré à forcer la porte d'une grange pour s'abriter en montagne du mauvais temps, le fera-t-il aussi, comme le voudrait M. Rossel, pour un vagabond ?

L'article 701 est un des cas d'application les plus caractéristiques de la règle que fixe au juge l'article 4 : si le juge doit tenir le plus grand compte des circonstances, il ne doit pas par contre se laisser entraîner par elles, mais bien maintenir le respect des règles du droit et de l'équité ; l'état de nécessité n'est pas une raison d'opposer l'équité au droit, il exige seulement que le droit y soit interprété et, s'il le faut, tempéré par l'équité.

Contre-partie des atteintes admises au droit de propriété, le Code admet de façon expresse le droit, pour le possesseur, de repousser par la force tout acte d'usurpation ou de trouble, mais il doit s'abstenir de toutes voies de fait non justifiées par les circonstances (1). Ce n'est, en somme, que la reconnaissance formelle

(1) Art. 926 : « Le possesseur a le droit de repousser par la force tout acte d'usurpation ou de trouble.

du droit de légitime défense : le souci d'en poser le principe caractérise la tendance des auteurs du Code de faire une œuvre populaire, mais la formule qu'ils en donnent en abandonne en fait au juge la définition et l'application.

Section III

CONTRÔLE PAR LE JUGE DES OBLIGATIONS

De quelque conception philosophique ou morale que l'on fasse découler la force obligatoire des conventions, le respect et l'exécution loyale des contrats sont une des bases essentielles de l'ordre juridique et social, et l'une des principales missions du juge civil a toujours été d'appuyer de son autorité cette « loi privée » des parties qu'est le contrat. Mais, en même temps, le juge est le représentant et le gardien de la justice, de l'ordre public et des bonnes mœurs : il doit faire respecter les limites que ces principes imposent au libre jeu des volontés individuelles ; il doit déterminer et prescrire la réparation qu'exigent les fautes et les obligations délictuelles. Son rôle, dans ces matières, est donc considérable ; comme il ne peut être question de résumer en quelques pages, à la suite du Code, la théorie générale des obligations, ici plus encore que dans les deux sections précédentes, nous nous bornerons à analyser les innovations les plus intéressantes du Code révisé des Obligations.

Conclusion des contrats.

L'existence de volontés concordantes est une question de fait, que le juge apprécie librement d'après les éléments de preuve qui

« Il peut, lorsque la chose lui a été enlevée par violence ou clandestinement, la reprendre aussitôt, en expulsant l'usurpateur s'il s'agit d'un immeuble, et s'il s'agit d'une chose mobilière, en l'arrachant au spoliateur surpris en flagrant délit ou arrêté dans sa fuite.

« Il doit s'abstenir de toutes voies de fait non justifiées par les circonstances. »

lui sont fournis (1) : il faut seulement que ces volontés se soient manifestées, au moins de façon tacite, car la loi n'a pas à tenir compte de la pensée intime.

Mais l'accord peut n'être pas complet : l'art. 2 du Code des Obligations considère, en effet, le contrat comme conclu, dès que les parties se sont mises d'accord sur tous les points essentiels et lors même que des points secondaires ont été réservés (2). A défaut d'accord sur ces points secondaires, le juge les règle en tenant compte de la nature de l'affaire (3). Ceci revient à dire qu'il doit

---

(1) Elle peut d'ailleurs soulever des questions délicates. Le Tribunal Fédéral a décidé qu'une signature donnée à un acte rédigé dans une langue inconnue du signataire constitue une manifestation de volonté qui le lie, même s'il n'avait pas la conscience du contenu de la pièce (*A. T. F.*, 38, 2, p. 523). Par contre, dans un autre arrêt, le T. F. a déclaré que « celui qui signe une pièce sans l'avoir lue ne souscrit pas par là même au contenu que son cocontractant a inséré dans la pièce ou à l'interprétation que le contenu recevra communément de la part des tiers, mais seulement au contenu que son cocontractant lui a donné comme étant celui de la pièce ou qui doit être considéré comme ayant été voulu par les parties, étant donné toute leur attitude et les principes de la bonne foi en affaires », et, pour ce motif, il a en l'espèce déclaré la convention nulle pour défaut de manifestation de volonté concordante des parties (arr. du 17 juin 1915, *J. des Trib.*, D. F., 1915, p. 674) : arrêt trop général, semble-t-il, dans ses considérants : tout signataire d'un acte sera-t-il sensé n'avoir pas souscrit à celles des clauses qu'il n'a pas lues ? le Tribunal Fédéral eût dû tout au moins préciser à qui incombait la preuve de l'accord des parties, car s'il suffisait de prouver l'absence de lecture, pour que celui qui se prévaut de la pièce soit tenu d'établir que l'accord des volontés s'est néanmoins réalisé sur son contenu, on enlèverait toute force probante effective à la signature. C'est au contraire à celui qui invoque l'absence d'accord à prouver, non seulement le défaut de lecture, mais une erreur essentielle de sa part ou un dol.

(2) Art. 2 C. O. : « Si les parties se sont mises d'accord sur tous les points essentiels, le contrat est réputé conclu, lors même que des points secondaires ont été réservés.

« A défaut d'accord sur les points secondaires, le juge les règle en tenant compte de la nature de l'affaire.

« Sont réservées les dispositions qui régissent la forme des contrats. »

(3) Il ne faut d'ailleurs pas prendre le texte à la lettre, et ce pouvoir supplétif du juge ne s'exerce bien entendu que dans le silence de la loi, lorsqu'il n'y peut trouver, ni règles subsidiaires qui déterminent ce qui doit être considéré comme l'usage, ni règles supplétives, par lesquelles la loi présume elle-même la volonté des parties d'après le résultat qu'elles devaient normalement poursuivre. A noter que la distinction des règles supplétives et des règles interprétatives est moins nette dans le Code suisse que dans le Code allemand, et le juge doit moins s'en rapporter à la terminologie du législateur qui reste assez flottante, que chercher la portée exacte de la règle. Tantôt, en effet, le Code fixe une règle « sauf

régler les clauses secondaires comme la loyauté en affaires et les usages veulent qu'elles le soient pour chaque espèce de contrat (1). Si chacun doit exécuter ses obligations selon les règles de la bonne foi, à plus forte raison, pour les définir, le juge doit-il respecter ces même règles : la bonne foi exige qu'il adapte les clauses du contrat au but économique que les parties ont en vue, et, en règle générale, qu'il équilibre les intérêts en présence de façon à se rapprocher de cette équivalence contractuelle, qui est la forme la plus exacte de l'équité (2).

Sans vouloir tirer des expressions mêmes du Code des déductions trop formelles, il semble bien que son esprit soit de dégager le juge de la méthode, employée avec abus, de la recherche des volontés tacites. Au lieu d'obliger le juge, comme ça été longtemps en France la tendance dominante de la pratique judiciaire, à s'appuyer de façon exclusive sur l'intention présumée des parties, même si cette intention était en fait inexistante, le législateur suisse permet au juge d'écarter une fiction aussi gratuite que dangereuse (3), et, au nom de la justice dont il est le représentant, de rechercher et d'imposer directement la solution la plus équitable pour les intérêts divers en présence.

Interprétation des contrats.

Pour l'interprétation par le juge des conventions (4), le Code des

---

convention contraire » (Cf. C. O., art. 35, 71, 74, 84, 148, 159, 184, 189, 213, 231, etc.), tantôt il déclare qu'une clause est « sensée, réputée, présumée » admise par les parties ou entendue dans un sens donné (Cf. C. O. art. 89, 158 176, 189, 195, 212, 220, 281, 346, etc.). La première expression correspond en général à une règle dispositive, la seconde à une règle interprétative ; mais le Code les emploie assez souvent l'une pour l'autre ; Cf. par exemple art. 189 C. O.

(1) Cf. le principe analogue posé par l'art. 1135 du Code civil français : « Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature. » La discrimination elle-même des clauses essentielles et des clauses secondaires d'une convention est une question de fait que le juge apprécie librement.

(2) Cf. Gounot, *op. cit.*, p. 210 et s.

(3) Sur les dangers de cette fiction, quand elle est poussée trop loin, Cf. Gounot, *op cit.*, p. 215 et s.

(4) Le Code suisse a jugé inutile de donner, à l'exemple du Code civil français (art. 1156 et suivants) une série de règles d'interprétation, et il en pose simplement le principe général : ce n'est pas pour abandonner le principe de l'interprétation à l'arbitraire du juge, mais parce que la doctrine et une saine logique suffisent à lui dicter ces règles.

Obligations s'en est tenu au contraire à la méthode traditionnelle (1). L'art. 18 prescrit au juge de rechercher l'intention réelle des parties (2) ; étant entendu qu'il ne peut la déduire que de leurs actes apparents et de l'ensemble des circonstances, sans quoi ses conclusions échapperaient à tout contrôle effectif. Tantôt son rôle sera simplement de préciser le sens d'une clause dont l'expression est restée équivoque, tantôt il en devra rectifier la teneur apparente : soit que les parties aient employé par erreur des dénominations inexactes, ce n'esu alors qu'une question de terminologie, soit qu'elles aient intentionnellement déguisé la nature véritable de la convention, c'est l'hypothèse de la simulation. Dans ce dernier cas, le Code précise que la simulation ne doit pas nuire aux tiers de bonne foi, et qu'à leur égard, c'est l'acte apparent qui vaudra ; entre les parties, l'acte apparent est nul, et l'acte simulé lui-même ne pourra être déclaré valable par le juge que s'il répond à toutes les conditions légales (3) ; or, comme il a le plus souvent pour but de tourner la loi, il sera lui-même nul.

Lésion.

Telle qu'elle est définie et sanctionnée par l'article 21 C. O. (4), la lésion ne donne pas forcément au juge l'occasion d'intervenir ;

---

(1) Le Code civil allemand, au contraire, dans sa construction très didactique de la déclaration de volonté, prescrit au juge de moins s'attacher à découvrir l'intention psychologique exacte des parties qu'à définir leur but et à y conformer la réglementation de leurs intérêts (Cf. Saleilles, *De la Déclaration de Volonté*, p. 217).

(2) L'article 18 ajoute : « et commune », estimant sans doute que, s'il n'y a pas intention commune, il n'y a pas accord des volontés au sens de l'article 1 et donc pas de contrat. En réalité, dans la plupart des contrats commutatifs, les parties ayant des intérêts opposés cherchent à tirer de la convention le maximum d'avantages personnels, et, tout en étant d'accord sur l'objet même du contrat, chacune en interprète les clauses dans le sens qui lui est le plus favorable (Cf. Gounot, *op. cit.*, p. 208). Le juge risque donc fort de ne pas découvrir d'intention commune. Ne devra-t-il pas alors, comme le veut M. Saleilles (*op. cit.*, p. 228) « prendre une interprétation moyenne qui soit celle que la bonne foi, les usages et la loyauté commerciale dussent imposer comme étant la volonté commune à laquelle chacun des deux contractants ait droit ? » Ce serait conforme aux principes du C. C., art. 2.

(3) Plus sévère que la jurisprudence française, la jurisprudence suisse prononce en général la nullité des donations immobilières déguisées sous forme de ventes, à raison du défaut d'observation des formes légales de la donation (Arr. T. F. du 11 février 1919. *A. T. F.* 44, 2, p. 362).

(4) Art. 21 : « En cas de disproportion évidente entre la prestation pro-

en fait, la partie qui veut sur son fondement résilier un contrat devra en général faire prononcer par le juge qu'il est entaché d'une lésion abusive, et, en tout cas, la place nouvelle que le Code fait à la lésion se rattache trop directement au respect de la bonne foi et de l'équité, pour qu'il ne soit pas nécessaire d'analyser cette disposition.

Pas plus qu'aucun autre législateur moderne (1), le législateur suisse n'a admis que la lésion, même considérable, fût par elle-

---

mise par l'une des parties et la contre prestation de l'autre, la partie lésée peut, dans le délai d'un an, déclarer qu'elle résilie le contrat, et répéter ce qu'elle a payé, si la lésion a été déterminée par l'exploitation de sa gêne, de sa légèreté ou de son inexpérience. Le délai d'un an court dès la conclusion du contrat. »

(1) Sauf peut-être le législateur autrichien : le Code civil autrichien (art. 934) fait de l'absence d'une *læsio enormis* une condition générale de validité des contrats synallagmatiques. Mais le législateur, comme le juge, reviennent un peu partout de cette attitude d'abstention systématique à l'égard de l'usure, qui se retranchait derrière le dogme de la liberté contractuelle, et, sous la pression de l'opinion, commencent à s'émouvoir des procédés multiples auxquels recourt l'usure.

Le législateur ne recourt plus aux anciens procédés, qui se sont révélés inefficaces, de la limitation du taux maximum de l'intérêt, mais il cherche à donner de l'usure une définition très générale, qui permette au juge d'en poursuivre dans tous les contrats les manifestations variées. En dehors du paragraphe 138 du Code civil allemand et des lois pénales allemandes analysées ci-dessous, on peut citer : la loi autrichienne du 28 mai 1881, qui se base sur le principe de l'équivalence équitable des prestations ; la loi norvégienne du 29 juin 1888, fondée sur le même critérium ; la loi suédoise du 14 juin 1901, qui réprime la stipulation d'un intérêt « supérieur à l'intérêt qui peut être considéré comme normal »; le paragraphe 957 du projet de Code pénal hongrois, qui réprime toute disproportion anormale entre les équivalences, sans plus lier le juge à aucune condition objective. Ce ne sont là encore que des lois pénales. Le législateur anglais a introduit le même principe dans le droit civil par la loi du 8 août 1900.

Dans la matière spéciale du contrat de travail, il faut citer l'article 11 du projet français du 2 juillet 1906 : « doit être considérée comme illicite toute clause du contrat de travail par laquelle l'une des parties a abusé du besoin, de la légèreté ou de l'inexpérience de l'autre, pour lui imposer des conditions en désaccord flagrant, soit avec les conditions habituelles de la profession ou de la région, soit avec la valeur ou l'importance des services engagés. » Plus hardi encore le projet de loi italien de 1902, qui d'ailleurs fut amendé, exigeait dans le contrat de travail une *equa retribuzione*, compte tenu de tous les éléments économiques et moraux, ce qui était prescrire au juge d'appliquer l'équité absolue.

Pour une analyse plus détaillée de ces textes, Cf. V. Brants, *la lutte contre l'usure dans le droit moderne*, 1907. P. Roubier : *Essai sur la responsabilité précontractuelle*, th., 1911, p. 147 et s.. Boissard, *Contrat de travail et salariat*, 1911, p. 251 et s.. *Bulletin de la Société d'études législatives*, 1906, p. 221.

même et en toute hypothèse, une cause de résiliation des contrats : exiger l'équivalence des prestations serait apporter une entrave aux affaires, et, puisque la valeur des choses est fonction des besoins et des goûts des individus, ce serait obliger le juge en bien des cas à une analyse *intuitu personæ* de la valeur des prestations, qui représenterait pour lui une tâche difficile (1) ; mais, d'autre part. il est rigoureux de n'accorder de recours à la victime d'une lésion que si la lésion a été provoquée par un dol (2).

Le Code suisse a essayé de concilier la répression de l'usure et la sécurité des affaires, en réprimant la lésion lorsqu'elle provient d'une exploitation : il ne suffit pas que la disproportion des prestations soit « évidente » (3), et que, en la calculant sur la valeur intrinsèque des prestations, non sur l'estimation qu'en avaient pu faire les parties, elle ait abouti pour l'une d'elles à une lésion ; il faut encore que cette lésion ait été provoquée par l'exploitation de certaines circonstances limitativement énumérées, la gêne, la légèreté ou l'inexpérience de la partie lésée ; l'exploitation suppose de la part de l'exploiteur la connaissance de ces circonstances spéciales (4) ; sans constituer un dol, car elle n'implique pas forcément

---

(1) Au cours de la révision du Code des Obligations, M. Rossel avait cependant proposé de revenir au système de la *læsio enormis* (Cf. le texte par lui proposé : *Manuel*, t. III, p. 48). M. Huber, dans son avant-projet. adoptait aussi ce principe, en excluant toutefois l'admission de la lésion lorsque la partie lésée était un négociant ou lorsque, se trouvant en dehors d'un cas de nécessité, elle avait eu connaissance de la lésion. Finalement, c'est sur d'autres bases que la lésion a été introduite.

Sur la difficulté de fixer en pratique, puisque la mesure de la valeur ne peut être que psychologique, le « juste prix » des choses ou des services, à moins que le juge ne se borne à considérer comme tel le prix commun, le salaire courant, Cf. A. de Tarde : *L'idée du juste prix*, th., Paris, 1906, p. 245 et s..

(2) Cf. le *Message du Conseil Fédéral* du 3 mai 1905, p. 11 : « On a pensé que les articles 18 et suivants sur l'erreur et le dol coupaient court à toutes les difficultés ; et cette opinion peut se justifier, si l'on conçoit la vie économique d'une façon purement commerciale. Il est cependant des cas dans lesquels, même en l'absence d'une erreur ou d'un dol, il est injuste que l'une des parties puisse réclamer de l'autre l'exécution d'un contrat qui lèse cette dernière ; notamment lorsque la lésion a sa source dans l'exploitation de la gêne, de la légèreté ou de l'inexpérience. »

(3) C'est la même condition qui est mise à l'admissibilité de l'abus de droit (*supra*, Chap. II, p. 34).

(4) La preuve de la disproportion des prestations et de la gêne du plaignant ne suffit pas, il faut qu'il prouve que l'autre partie avait connaissance de cette disproportion et de sa gêne (arr. de la Cour d'appel de Berne du 30 janvier 1919, *Schw. Jur. Zeit.*, t. XVI, p. 142, n° 83) ; mais, d'après la doctrine, la victime de la lésion n'a pas à fournir la preuve

de manœuvres mensongères, elle s'apparente aux vices du consentement, ou mieux peut-être à cette violation des règles de la bonne foi que sanctionne l'art. 2 C. C.

Inspiré à première vue du § 138 du Code civil allemand, et presque calqué sur lui (1), l'article 21 C. O. repose, en réalité, sur un principe différent ; il ne fait nullement de l'usure, comme le Code civil allemand, un contrat immoral, il ne renvoie pas le juge au critérium incertain des bonnes mœurs : il l'autorise à tenir compte des usages reçus, de l'opinion moyenne, à appliquer le principe du juste prix ou du juste salaire, mais il lui laisse son entière liberté d'appréciation.

Par contre, la sanction de la lésion usuraire n'est pas la nullité du contrat, nullité qu'il appartiendrait au juge de prononcer même d'office ; c'est simplement le droit pour la partie lésée, pendant le court délai, d'un an, de résilier le contrat et de répéter ce qu'elle a payé : il n'est même pas nécessaire qu'elle recoure au

---

directe que l'exploiteur ait eu l'intention spéciale de l'exploiter : du fait qu'il connaissait la situation ou le caractère de la victime, sa mauvaise foi sera présumée par application de l'article 3 § 2 C. C. : Cf. notamment Oser, *Kommentar*, t. V., p. 94.

(1) « Un acte juridique qui porte atteinte aux bonnes mœurs est nul. Est nul en particulier un acte juridique par lequel quelqu'un, en exploitant le besoin, la légèreté ou l'inexpérience d'autrui, obtient pour lui ou pour un tiers, en échange d'une prestation, qu'on promette ou que l'on fournisse des avantages patrimoniaux qui excèdent de telle sorte la valeur de la prestation qu'en tenant compte des circonstances, ces avantages soient, par rapport à la prestation, dans une disproportion choquante ».

L'article 138 § 2, qui frappe de nullité civile tout contrat usuraire, avait été déjà précédé en 1880 et 1893 par deux lois pénales qui frappaient l'usure dans le contrat de prêt ou dans tous autres contrats ayant le même but, en donnant au juge le pouvoir d'apprécier le caractère usuraire du contrat et de vérifier ses deux éléments constitutifs, l'exploitation d'une des parties, la disproportion des prestations. A la conscience publique, au sentiment commun des honnêtes gens de définir ce que la justice doit admettre ou exiger. (« *Den Masstab für den Begriff der guten Sitten hat der Richter aus dem herrschenden Volksbewusstsein zu entnehmen, den Anstandsgefühl aller billig und recht denkenden* ». Cour suprême, arr. du 11 avril 1901, *Entsch. in civil. Sachen*, t. XLVII, p. 124).

Critérium qui « dénote le vague moral qui en réalité se manifeste dans les sphères juridiques des Universités allemandes. » (Brants, *op. cit.* p. 86), mais qui a paru le seul possible, pour échapper au danger d'une appréciation toute subjective du juge. D'autre part, de ce critérium qui lui était donné, la jurisprudence allemande a déduit, dans des cas où un salaire était incriminé comme usuraire, que, du fait que c'était un « salaire courant », on ne pouvait plus arguer d'une disproportion « choquante » avec la contre prestation : et ceci réduit fort le champ d'utilisation du paragraphe 138.

juge, celui-ci n'aura à intervenir que si l'autre partie conteste la lésion, et, s'il est saisi du litige, il ne pourra lui aussi que prononcer la résiliation du contrat, sans pouvoir rétablir une juste équivalence des prestations, par la réduction du prix d'achat ou du taux conventionnel des intérêts par exemple, comme en d'autres espèces, la loi lui en donne le droit (1) : sans doute le législateur a-t-il craint que les parties ne fûssent trop portées à invoquer la lésion, et qu'une complaisance excessive des juges à l'admettre n'engendrât l'arbitraire.

D'après les quelques arrêts rendus sur la question, il semble que la jurisprudence soit disposée à donner de l'article 21 une interprétation quelque peu extensive : le Tribunal Fédéral a assimilé à une *læsio enormis* la renonciation faite par la victime d'un accident à toute indemnité, et à la légèreté ou à l'inexpérience de la victime un état mental qu'une expertise médicale déclarait troublé par les suites d'un accident (2). Plus hardiment, il a posé en principe, dans un arrêt récent, que, si l'absence d'exploitation économique, au sens de l'article 21, ne permettait pas de conclure à la lésion, le contrat pouvait du moins tomber sous le coup de l'article 20 comme illicite ou contraire aux mœurs (3) : déclarer nul comme immoral un contrat entaché de lésion, c'est revenir à la théorie du Code civil allemand, et il serait dangereux qu'en voulant trop restreindre les applications de la lésion usuraire, le législateur n'ait abouti qu'à lui faire substituer par les Tribunaux le critérium plus imprécis de l'immoralité de l'acte.

Responsabilité des fautes.

Dans l'extrême concision des articles 1.382 et suivants, le Code civil français abandonne au juge la liberté d'appréciation la plus étendue ; le Code suisse, en précisant davantage les conditions de la responsabilité et le calcul de l'indemnité à accorder, tendrait en apparence à limiter ses pouvoirs : toute la réglementation de la faute aquilienne reste cependant dominée par l'article 4 C. C. et en est un des principaux champs d'application.

---

(1) Par exemple, en matière de clause pénale (C. C. art. 163), de salaire de courtage (art. 417), de résiliation du contrat d'entretien viager (art. 527).

(2) Arr. du 17 mai 1918 (*J. des Trib.*, D. F., 1918, p. 112).

(3) Ce serait par exemple le cas si l'intérêt stipulé dépassait le maximum légal, là où le législateur cantonal en a fixé un, ou si l'on constatait une exploitation non économique, telles que les conditions mises au sauvetage d'une personne en danger de mort (arr. du T. F. du 22 déc. 1917, *Pr. des B. G.*, 1918, p. 65).

Le principe général de la responsabilité délictuelle est posé par l'article 41 C. O. : le Code des Obligations exige, pour que le dommage ouvre le droit à la réparation, qu'il ait été causé sans droit (1) ; il n'exige pas qu'il l'ait été avec l'intention de nuire, il suffit qu'il y ait eu négligence ou imprudence ; en tout cas, une faute est nécessaire, et le Code n'admet pas en principe la responsabilité simplement causale.

Le juge cependant peut, dans un but d'équité, condamner une personne incapable de discernement à la réparation totale ou partielle du dommage qu'elle a causé (C. O. art. 54) (2) : l'enfant ou le dément, par exemple, qui a causé un dommage important eu égard à la situation de la victime, s'en verra prescrire la réparation, si sa fortune personnelle permet aisément la chose, mais ce tempérament d'équité ne signifie pas qu'un simple rapport de causalité est substitué à la responsabilité : la nécessité d'une faute subsiste en ce sens au moins que le juge ne peut prescrire une réparation que si l'acte dommageable eût été illicite de la part d'une personne en état de discernement. En outre, le juge a non plus seulement la faculté, mais l'obligation de faire réparer le dommage matériel dont il est l'auteur à celui qui s'est mis lui-même dans une incapacité passagère de discernement, à l'ivrogne par exemple, sauf preuve de sa part qu'il a été mis sans sa faute dans cet état.

L'évaluation du dommage rentre nécessairement dans les attributions du juge : l'art. 42 § 2 lui prescrit, lorsque le montant exact du dommage ne peut être établi, et ce sera toujours le cas pour une lésion corporelle, une atteinte aux intérêts personnels, un dommage moral, de le déterminer équitablement « en considération du cours ordinaire des choses et des mesures prises par la partie lésée ». Cette règle, d'ailleurs, doit surtout s'interpréter comme une

---

(1) Art. 41 C. O. : « Celui qui cause, d'une manière illicite, un dommage à autrui, soit intentionnellement, soit par négligence ou imprudence, est tenu de le réparer.

Celui qui cause intentionnellement un dommage à autrui par des faits contraires aux mœurs est également tenu de le réparer. »

Le législateur a cru devoir ajouter le § 2 comme ultime ressource lorsque le dommage ne paraîtrait pas rentrer dans les conditions fixées par le § 1 ou par l'art. 28 C. C. : la notion des bonnes mœurs est plus large en effet que celle de la licéité ; mais, comme il exige en ce cas la preuve de l'intention dommageable, l'utilité de cette addition est assez contestable (Cf. Oser, t. V. p. 184).

(2) Cf. une proposition de modification de l'art. 1382 du C. C. français adoptée le 19 juin 1902 (*Officiel*, Déb. parl., 1902, p. 770) par la Chambre des Députés et déclarant « le dément responsable civilement du préjudice par lui causé. »

dérogation à la charge normale de la preuve : le législateur, estimant qu'il est des cas où une preuve formelle du dommage est impossible et où sa vraisemblance doit suffire, dispense le juge d'exiger du demandeur la preuve stricte de l'existence et de l'étendue du dommage, et lui permet d'en affirmer l'existence et d'en faire directement l'évaluation d'après son expérience de la vie courante (1).

Le principe est équitable : il serait, en pratique, impossible à un négociant victime de diffamations de prouver quelle est l'étendue exacte du dommage qu'elles lui ont causé et même d'établir de façon certaine un lien de causalité entre ces diffamations et la diminution ultérieure de son chiffre d'affaires. Le danger est seulement qu'en dispensant de fournir la preuve du lien de causalité qui doit relier le dommage à l'acte incriminé comme dommageable, la loi ne permette au juge de se montrer trop large pour admettre que la responsabilité est engagée : le Tribunal Fédéral paraît, dans le dernier état de sa jurisprudence, s'en tenir à la théorie de la causalité adéquate (2), mais il s'est parfois laissé entraîner par les circonstances de l'espèce à admettre un rapport de causalité assez incertain (3).

Le dommage évalué, reste à fixer la réparation : le juge en fixe librement la nature, en l'appropriant aux circonstances, et sans être lié sur ce point par les conclusions des parties ; à une demande d'indemnité, il peut substituer, s'il l'estime plus efficace, une réparation en nature, le rétablissement des lieux, la publication du jugement de condamnation. Il en détermine aussi l'étendue ; mais, ici, le Code lui dicte certaines directives (4).

---

(1) Cette interprétation a été consacrée de façon très nette par un arrêt du Tribunal Fédéral auquel lui-même s'est par la suite fréquemment référé pour déclarer inutile la preuve directe du dommage, notamment dans des atteintes au crédit personnel (Arr. du 2 mai 1914, *A. T. F.*, 40, 2, p. 354). Cf. aussi arr. du 26 avril 1913, *Pr. des B. G.*, II, p. 271. Arr. du 15 juin 1917, *A. T. F.* 43, 2, p. 239. Arr. du 10 novembre 1917, *A. T. F.*, 43, 2, p. 664.

(2) « On ne doit regarder comme la cause d'un dommage que les actes qui, d'après les données de l'expérience étaient généralement propres à amener le résultat dommageable, et l'on doit dénier la qualité de cause, au sens juridique de ce mot, aux conditions qui ont contribué, il est vrai, à la survenance de l'effet, mais qui objectivement, dans le cours ordinaire des choses, n'étaient pas de nature à le produire » (arr. T. F. du 6 févr. 1915, *A. T. F.*, 41, 2, p. 94), et aussi arrêt du 8 juillet 1916 (*A. T. F.*, 42, 2, p. 365).

(3) Cf. les exemples cités dans la Note sous l'Arrêt précité du T. F. du 6 février 1915 (*J. des Trib.*, D. F., 1915, p. 375 à 380).

(4) Sans parler des cas où la loi fixe impérativement le montant de la

Il prescrit au juge de tenir compte « des circonstances et de la gravité de la faute » (art. 43) : de faire entrer par conséquent dans les éléments du calcul, à côté du fait personnel de l'homme, cet impondérable qui toujours s'y mêle plus ou moins, le hasard, la fatalité ; réduisant l'indemnité si, en cas de faute très légère, les circonstances ont été pour autant que l'acte illicite dans le dommage causé, condamnant à la réparation intégrale lorsqu'une faute grave de sa part enlève au défendeur l'excuse du hasard.

En cas de faute partagée (1), le juge pourra réduire l'indemnité (art. 44) : il eût même été plus rationnel de dire qu'il le doit. Et, dans le cas de faute légère non intentionnelle, lorsque la réparation intégrale exposerait le débiteur à la gêne, le juge peut équitablement (2) réduire les dommages-intérêts (art. 44 § 2) ; solution d'humanité, qui révèle le souci du législateur de tempérer par l'équité la rigueur du droit.

Le principe général lui-même de faire varier la réparation suivant la gravité de la faute, donne au juge, en théorie tout au moins, une liberté d'appréciation, que ne lui reconnaît pas la doctrine traditionnelle française lorsqu'elle admet que dans l'obligation délictuelle la réparation du dommage doit être intégrale ; mais peut-être, si le juge en usait trop largement, en verrait-on diminuer les garanties dues à la victime du dommage : l'équité doit se combiner avec le droit et non s'y opposer.

L'hypothèse du dommage immatériel ouvre au juge les plus larges pouvoirs : l'article 49 (3), qui autorise le juge à accorder une réparation pécuniaire, peut s'appliquer aux cas les plus divers d'un préjudice immatériel, diffamation, atteinte au crédit, manquement

---

réparation : taux légal des intérêts moratoires qui prévaut sur un taux conventionnel inférieur (C. O., art. 104), recours pour non paiement d'une lettre de change (C. O. art. 768-769), dommages-intérêts pour défaut de faire provision (C. O. art. 837) — ou en fixe le minimum : résiliation de bail (C. O. art. 269 et 291) — ou le maximum : assurance de chose, d'accident industriel, transport (C. O. art. 418).

(1) Sur le sens et la portée de cette expression, Cf. arr. du T. F. du 5 juillet 1916 (*A. T. F.* 42, 2, p. 389) et arr. du 30 mars 1917 (*A. T. F.* 43, 2, p. 186).

(2) Un arrêt du Tribunal Fédéral, sans trancher expressément la question incline même à dire qu'il doit le faire d'office, et que cette disposition est d'ordre public (arr. du 8 mai 1914, *J. des Trib.*, 1914, *D.* F., p. 600).

(3) Art. 49 C. O. : « Celui qui subit une atteinte dans ses intérêts personnels peut réclamer, en cas de faute, des dommages-intérêts, et, en outre, une somme d'argent à titre de réparation morale, lorsque celle-ci est justifiée par la gravité particulière du préjudice subi et de la faute.

Le juge peut substituer ou ajouter à l'allocation de cette indemnité un autre mode de réparation. »

au respect dû aux morts, violation de la liberté de conscience, divulgation de secret, séduction, concurrence déloyale (1), boycottage, etc. (2) ; et les seules conditions qu'il exige sont : pour ouvrir le droit à des dommages-intérêts, un acte illicite qui, par l'intention coupable ou la négligence, constitue une faute (3) ; pour compléter ces dommages-intérêts par une indemnité spéciale représentant la réparation morale, la gravité particulière du préjudice subi et de la faute. La distinction est d'ailleurs peu susceptible d'un contrôle efficace ; il est facile au juge de la tourner en majorant le chiffre des dommages-intérêts proprement dits.

Précisant un principe, pour l'application duquel le silence du Code Napoléon n'a pas été sans provoquer quelque flottement dans la jurisprudence française, le Code des Obligations établit la responsabilité solidaire, à l'égard de la victime des coauteurs d'un dommage (4) ; mais, comme la justice s'oppose à ce qu'un seul des auteurs, le moins coupable peut-être, ait à supporter seul tout le poids de la réparation, le Code donne mission au juge d'apprécier s'ils ont un droit de recours les uns contre les autres, et, le cas échéant, de déterminer l'étendue de ce recours ; il le fera, soit sur la demande d'un des auteurs, agissant en recours contre ses codébiteurs, soit même d'office dans le jugement condamnant à la réparation du dommage, si l'état de la cause permet d'établir un partage des responsabilités. Sauf à l'égard du receleur, dont le

---

(1) Le Code consacre une disposition spéciale à la concurrence déloyale, mais ne fait qu'y appliquer les principes généraux de la réparation (C. O. art. 48). Sur les éléments constitutifs de la concurrence déloyale, Cf. un arrêt du T. F. du 26 avril 1913 (*Pr. des B. G.*, II, p. 271) et un arrêt du 10 avril 1917 (*A. T. F.*, 43, 2, p. 51).

(2) Il s'applique également au préjudice causé aux personnes morales : la jurisprudence ancienne et le législateur lui-même (*Exp. Mot.*, I, p. 28) ne considéraient que le préjudice causé aux intérêts économiques des personnes morales : les tribunaux tendent maintenant à leur reconnaître le droit d'obtenir une réparation pour les atteintes à leur honneur en affaires, à leur réputation commerciale, indépendamment de la valeur marchande de cet honneur, de cette réputation (Oser, *Kommentar*, t. V, p. 213).

(3) Cf. Sur l'appréciation en sens divers de la faute : Arrêts du T. F. du 19 juin 1914 (*Pr. des B. G.*, III, p. 361), du 31 mars 1916 (*A. T. F.*, 42, 2, p. 591).

(4) Art. 50 C. O. : « Lorsque plusieurs ont causé ensemble un dommage, ils sont tenus solidairement de le réparer, sans qu'il y ait lieu de distinguer entre l'instigateur, l'auteur principal et le complice.

Le juge appréciera s'ils ont un droit de recours les uns contre les autres et déterminera, le cas échéant, l'étendue de ce recours.

Le receleur n'est tenu du dommage qu'autant qu'il a reçu une part du gain ou causé un préjudice par le fait de sa coopération. »

Code limite la responsabilité, le juge dispose d'une entière liberté d'appréciation, pour répartir la charge de la réparation suivant la part prise par chacun des coauteurs d'un dommage, la gravité de leur faute, leur facilité à la réparer.

L'équité exige enfin, dans le cas de légitime défense, qu'il ne soit pas dû de réparation pour le dommage causé à la personne ou aux biens de l'agresseur, ni, en cas de nécessité, pour le préjudice causé aux biens d'autrui (art. 52) : le législateur suisse a tenu à réserver de façon expresse dans ces diverses hypothèses les pouvoirs d'appréciation du juge ; ils se seraient aisément déduits des principes généraux du Code.

Responsabilité contractuelle.

Le Code suisse ne fixe pas, comme le Code français par son principe général de l'attention et des soins d'un bon père de famille, le degré de faute dont le débiteur est, en droit commun, tenu pour responsable : le débiteur est en principe tenu de toute faute, et c'est au juge à fixer, suivant les circonstances, le degré de responsabilité qui lui incombe : il lui est seulement indiqué que le débiteur doit être traité moins rigoureusement si l'engagement qu'il a souscrit n'a pas de contre-partie à son avantage (C. O., art. 99).

Les parties ont d'ailleurs le droit de modifier elles-mêmes, dans une certaine mesure, l'étendue de leur responsabilité ; mais, parce que les conventions exclusives ou limitatives de responsabilité sont de celles où l'inégalité contractuelle prête facilement aux abus, le Code donne au juge le pouvoir d'en contrôler l'équité. Non seulement, en effet, le Code déclare nulles toutes clauses déchargeant le débiteur de son dol ou de sa faute grave, mais il autorise le juge à déclarer nulles les clauses exonérant le débiteur de sa faute même légère, dans certaines circonstances où l'inégalité manifeste des parties rend vraisemblable un abus d'influence (C. O., art. 100) (1) : nouvelle apparition de cette notion d'exploitation économique, où le Code voit une forme élargie de l'usure, et contre laquelle il cherche à armer le juge de pouvoirs efficaces.

Egalité et justice contractuelles.

C'est en s'inspirant de ce même principe que, dans diverses hypothèses, d'une importance pratique d'ailleurs inégale, le Code

(1) Art. 100, § 2 C. O. : « Le juge peut, en vertu de son pouvoir d'appréciation, tenir pour nulle une clause qui libérerait d'avance le débiteur de

des Obligations donne au juge le droit de contrôler et de modifier les accords contractuels. A la base de ces règles légales, dont plusieurs constituent sur le droit antérieur des innovations, nous trouverons la même conception : la volonté des parties doit avoir pour elles force de loi, lorsque les parties se trouvaient au regard l'une de l'autre dans une égalité de situation, qui assurait à leur déclaration de volonté sa pleine indépendance et une exacte intelligence des engagements pris ; mais il est des espèces nombreuses où l'une des parties se trouve dans un état d'infériorité ou de dépendance qui, sans qu'elle puisse arguer proprement d'un vice du consentement, ne lui laisse pas sa complète liberté de discuter les clauses de la convention ; il en est d'autres où l'étendue des obligations consenties se trouve modifiée par un concours de circonstances telles que si elles avaient pu être prévues, l'accord des volontés ne se serait fait sur ces conditions. L'équité ne permet pas, dans tous ces cas, d'exiger la stricte exécution des conventions ; car l'accord des volontés, sur lequel se fonde la force obligatoire des conventions, en réalité n'existe pas ou n'existe plus ; présumer cet accord contre toute évidence, c'est recourir à une fiction plus arbitraire que ne le sera une solution abandonnée à la libre appréciation du juge ; il convient donc que le juge puisse rectifier, par voie d'autorité, ces conventions pour les mettre d'accord avec l'équité.

Clauses pénales.

Telle est entre autres la disposition finale de l'article 163 C. O. « Le juge doit réduire les peines qu'il estime excessives ». Le législateur n'entend pas nier et effacer le caractère forfaitaire qui est de l'essence même de la clause pénale (1), il ne prescrit

---

toute responsabilité en cas de faute légère, si le créancier, au moment où il a renoncé à rechercher le débiteur, se trouvait à son service ou si la responsabilité résulte de l'exercice d'une industrie concédée par l'autorité... »

(1) Il est vrai que la réglementation du Code civil suisse trahit l'influence des doctrines nouvelles, qui font de la clause pénale non plus un simple règlement conventionnel et anticipé des dommages-intérêts dus pour l'inexécution de la convention (art. 1229 C. C. fr.), mais en même temps une peine réparatrice (Cf. art. 340 § 2 du C. C. all.). Or, comme le remarque M. Hugueney, dans son ingénieuse recherche de toutes les manifestations de « *l'idée de peine privée en droit contemporain* » (Th. Dijon, 1904), s'il est admissible que le législateur, qui considère la clause pénale

pas que la peine soit toujours proportionnée au dommage, le paragraphe premier de l'article 163 stipule en effet : « Les parties fixent librement le montant de la peine ». Mais; à l'inverse du Code Napoléon (1), le Code suisse se refuse à lier le juge par le principe que la convention fait la loi des parties ; le juge ne saurait, sous prétexte que les parties en étaient tombées d'accord, sanctionner une obligation manifestement contraire à l'équité : non seulement il peut, mais il doit réduire les peines qu'il estime excessives (2).

Aucune limite inférieure n'est fixée à son droit de réduction : le projet de 1905 l'autorisait même à supprimer la clause pénale si tout intérêt du créancier à l'exécution faisait défaut ; si cette disposition a été supprimée, c'est parce que la condition qu'elle formulait a paru pouvoir être, en certains cas, trop étroite, et, de ce motif même, il ressort que le législateur n'a pas contesté le droit pour le juge de supprimer complètement la peine.

Mais si le Code laisse au juge toute liberté de modifier le montant de la peine, il n'en faut pas conclure qu'il le puisse fixer de façon arbitraire. Il ne peut, en effet, faire usage de son droit de réduction que si la peine stipulée est manifestement contraire aux exigences de l'équité (3). Qu'exige l'équité ? Que la peine soit pro-

---

comme l'inoffensive précaution d'une évaluation à forfait, donne toute latitude aux parties de la fixer, avec la reconnaissance de son caractère pénal, il devient au contraire nécessaire que le juge en contrôle l'emploi : non pas pour en limiter exactement le montant au préjudice subi, ce ne serait alors pas plus une peine qu'un forfait, mais pour s'assurer que celui qui la stipule n'abuse pas de son droit ; il faut donc qu'il vérifie la situation respective des parties, la faute commise, voire la fortune de celui qui la doit, bref toutes les circonstances (*op. cit.*, p. 182 et s.).

(1) Cf. l'article 1152, à laquelle la jurisprudence n'a pas encore admis de tempérament (Cour de Liège, 5 janvier 1901, *Rev. Trim.*, 1902, p. 648, N° 59), plus sévère en cela que l'ancien droit qui admettait au moins à titre exceptionnel le relèvement d'une peine inférieure au dommage (Domat, *Lois civiles*, l. III, t. V, Section II, N° 15 — Pothier, *Obligations*, N° 342). La Cour de Cassation ne reconnaît toujours au juge le droit de réduire la peine que dans les limites de l'article 1231 (Cass. 23 mai 1898, S, 99, 1, 448). Le Code italien (art. 1211-1212) s'en tient aux mêmes solutions. Par contre, le § 343 du C. C. all. admet formellement la réduction des clauses pénales excessives.

(2) C'est une aggravation sur le Code de 1881, dont l'article 182 donnait simplement au juge la faculté de mitiger les peines excessives. Le Tribunal Fédéral (arr. du 25 févr. 1915, *Sem. Jud.*, 1915 p. 373) y voit une disposition d'ordre public en raison du but même du législateur : « Le législateur a eu sans aucun doute pour but la protection, au point de vue économique, des faibles vis à vis des forts. »

(3) *A. T. F.*, 21, p. 645.

portionnée à l'importance de l'intérêt qu'elle protège, c'est-à-dire de l'intérêt qu'avait le créancier à voir le contrat exécuté par celui qui est tenu de la peine.

C'est moins, en effet, sur le dommage effectivement causé au créancier par le retard ou l'inexécution du débiteur que le juge doit se baser, — ce serait bien alors annuler le caractère forfaitaire de la clause pénale (1), — que sur l'importance des intérêts en jeu, tels qu'ils devaient être envisagés par les parties à la conclusion du contrat : ce principe est posé par plusieurs arrêts du Tribunal Fédéral, confirmant de ce point de vue des clauses pénales élevées quoique le préjudice subi par le créancier fût en fait inférieur (2).

Ce n'est cependant pas le seul élément à considérer, et l'équité peut exiger davantage : le juge aura à tenir compte, le cas échéant, de la situation économique des parties et de la facilité qu'avait le débiteur à exécuter son obligation : une clause pénale par exemple, sanctionnant la prohibition pour un syndiqué de travailler en cas de grève ou de se retirer du Syndicat à l'occasion d'un conflit, sera réduite parce qu'elle sera jugée excessive en raison de la situation de famille de l'ouvrier, de son absence d'avances et de la faiblesse des secours de grève alloués par le

---

(1) Et l'on ne comprendrait pas que l'article 160 § 1 admette expressément le cumul d'une peine avec des dommages-intérêts pour l'inexécution du contrat (arr. du T. F. du 21 mars 1914, *J. des Trib.*, 1915, D. F., p. 72).

(2) Cf. notamment les arrêts du 9 octobre 1913 (*A. T. F.*, 39 — 2, p. 581) et du 31 mai 1913 (*A. T. F.* 39 — 2, p. 257). Nouvel exposé explicite dans un arrêt du 28 octobre 1916 (*A. T. F.*, 42 — 2, p. 511) : « pour ordonner cette réduction, les juges cantonaux se sont basés exclusivement sur le fait que le montant de la clause pénale était disproportionné au dommage réellement subi par la demanderesse. Or cette circonstance n'est nullement déterminante ainsi que le Tribunal Fédéral l'a jugé en jurisprudence constante (voir en particulier *A. T. F.* 24, 2, 438 — 25, 2, 614 — 41, 2, 231) et ainsi que cela résulte sans autre du texte de l'art. 161 C. O. d'après lequel « la peine est encourue même si le créancier n'a éprouvé aucun dommage ». La peine conventionnelle ne vise pas essentiellement la réparation d'un préjudice qu'il est naturellement impossible de fixer d'avance ; elle tend à assurer l'exécution d'un contrat et elle n'apparaît donc comme excessive au sens de l'article 163 que lorsqu'elle est hors de proportion avec l'intérêt que la partie qui l'a stipulé avait au respect de la convention, lorsqu'elle est manifestement contraire à l'équité, à raison, soit de la condition économique des contractants, soit de la légèreté de la faute commise ». — A côté des intérêts pécuniaires, il peut y avoir lieu de faire entrer en ligne de compte un intérêt moral, le désir d'éviter des difficultés ou des désagréments, etc. (*A. T. F.*, 24, 2, 126 — 29, 2, 705).

Syndicat (1). Ceci est juste dans le principe, comme aussi il peut être juste de tenir un certain compte de la légèreté de la faute commise par celui qui doit la peine. Mais dans cette voie, le juge risque de se laisser entraîner assez loin (2).

En fait, la jurisprudence suisse paraît disposée à user largement de son pouvoir d'appréciation ; et si le Tribunal Fédéral s'attache à le subordonner à des principes fermes, il n'en reste pas moins que, dans la pratique, la tendance des Tribunaux est visible de réduire souvent et très fortement le chiffre des peines qui leur paraissent excessives (3). La clause pénale, garantie énergique de l'exécution des conventions, perdra une partie de son efficacité, lorsque le débiteur saura pouvoir en obtenir aisément une exonération au moins partielle ; et peut-être, pour y parer, le créancier sera-t-il tenté d'en majorer davantage le montant, ce qui rendra pour le juge une appréciation plus délicate encore.

En tout cas, avec la faculté donnée au juge de la modifier, le second avantage de la clause pénale disparaît, qui était précisément d'éviter le recours à la justice : la tentation sera trop forte pour le débiteur, tenu par une peine élevée, d'en faire réduire le montant pour qu'il ne préfère pas souvent courir la chance d'un appel au juge, et que, par suite, le nombre des procès ne s'en trouve accru.

---

(1) Cour d'Appel de Saint-Gall, 18 octobre 1918 (*Schw. Jur. Zeit.*, t. XVI, p. 30) — Cf. arrêt du T. F. du 31 mai 1913 (*Pr. des B. G.*, II, p. 345). Dans certains cas d'exploitation manifeste, la clause pourrait être déclarée nulle comme immorale : « Pour qu'une clause pénale soit déclarée immorale et nulle, il ne suffit pas qu'elle soit hors de proportion avec la prestation du débiteur et l'intérêt du créancier, il faut encore que son application soit de nature à provoquer directement la ruine matérielle du débiteur et que sa stipulation se qualifie comme une exploitation du débiteur plus faible par le créancier économiquement plus fort ». (Arr. du T. F. du 8 mars 1912, *Pr. des B. G.*, I, p. 407).

(2) L'équité est une idée dont l'interprétation peut mener loin : lorsque M. Rossel écrit, pour justifier l'article 163, que « les contrats ne sont plus sacrés lorsqu'ils renferment des pièges tendus à l'ignorance, à la crédulité des gens ou à leur imprévoyance » (*Manuel*, III, p. 202) n'oublie-t-il pas un peu que l'article 28 C. O. fait de tout dol une cause d'annulabilité des conventions et accorde déjà une protection sérieuse à l'ignorance, à la crédulité et à l'imprévoyance ?

(3) En dehors des arrêts précités, Cf. des exemples de réduction : Arr. du T. F. du 8 mars 1912 (*Pr. des B. G, I, p.* 407). — Arr. du 21 févr. 1913 (*Pr. des B. G.* II, p. 243) — Arr. du 8 avril 1916 (*A. T. F.*, 42, 2 — p. 148) — Arr. du 25 févr. 1915 (*J. des Trib.*, 1915 — D. F., p. 450) — Arr. du 13 juin 1914 (*Pr. des B. G.*, III, p. 417). Dans ce dernier arrêt une clause pénale de 50.000 francs, réduite à 1.000 francs par le Tribunal de premier degré, a été relevé à 5.000 par le T. F., ce qui représente encore une réduction des 9/10.

C'est la contre-partie forcée de la haute mission de contrôle donnée au juge que d'inciter aux abus processifs, et, pour les prévenir, il faudra que les Tribunaux sachent décourager les plaideurs de mauvaise foi (1).

Baux.

Pour les baux immobiliers ou à ferme à terme fixe, le Code autorise l'un et l'autre des contractants à résilier le bail avant son expiration, contre dédommagement complet de l'autre partie, s'il survient des circonstances graves qui lui en rendent l'exécution intolérable. (C. O., art. 269 et 391) (2). Parmi ces circonstances, il ne faut pas ranger l'inexécution par l'une des parties de ses obligations, déjà sanctionnée par ailleurs (C. O., art. 254 s. et 261 s.) ; il s'agit des cas fortuits : nécessité pour le bailleur de reprendre l'usage de sa maison, difficulté pour un preneur en déconfiture de conserver un bail important, réunions parcellaires ordonnées par l'autorité compétente et entraînant des modifications à l'exploitation d'une ferme (art. 296), etc... Le juge ne saurait admettre trop facilement ces causes de résiliation sans diminuer la sécurité des parties (3).

Lors de la résiliation, le fermier d'un bien rural n'a pas droit aux fruits encore pendants ; mais le juge doit fixer l'indemnité à laquelle il a droit pour ses frais de culture (C. O., art. 300). Résolvant dans le sens de l'équité une question que le silence du Code laisse discutée en droit français, le législateur suisse reconnaît au fermier le droit à récompense pour la plus-value provenant de ses

(1) Les mêmes droits d'appréciation qu'en matière de clause pénale sont accordés au juge en ce qui concerne les clauses qui feraient courir, en dehors de toute poursuite ou demande en justice, les intérêts moratoires pour le paiement d'intérêts, d'arrérages ou de sommes données (C. O. art. 105).

(2) Cf. la solution contraire du C. C. fr., art. 1722. — Sur les éléments qui entrent dans le calcul d'une indemnité pour non exécution, cf. arr. du T. F. du 18 mars 1914 (*Pr. des B. G.*, III, p. 175).

(3) L'article 257 C. O. précise d'ailleurs que le premier reste tenu d'acquitter ses obligations, si c'est une faute de sa part, ou un cas fortuit en sa personne, par exemple une maladie prolongée, ou un changement d'emploi, qui lui interdisent ou ne lui laissent que partiellement l'usage de la chose louée. A noter, pour marquer les préoccupations sociales du législateur suisse, qu'il fait une cause expresse de résiliation du danger sérieux que les défauts de la chose louée constituent pour la santé du preneur, de sa famille ou de ses ouvriers (C. O. art. 254 § 3).

débours et de son travail (C. O., art. 299, § 3) : le juge ne doit pas tenir compte des améliorations dues aux soins mêmes dont il était tenu, mais seulement de ses dépenses ou de son travail supplémentaires, et dans la mesure où il n'en a pas déjà profité lui-même. La discrimination pourra parfois être difficile.

Contrat de travail.

Le Code des Obligations contient sur le contrat de travail un titre entier, qui développe et rajeunit les dispositions sommaires du Code de 1881. Quelque précision que le législateur ait cherché à mettre dans sa rédaction, il n'a pu faire autrement, en présence de l'infinie variété des cas concrets et des continuelles transformations économiques, que d'abandonner au juge la mission d'adapter aux circonstances les directives que lui donne la loi.

Apprécier si les circonstances autorisent l'employé à ne pas exécuter en personne le travail stipulé ou l'employeur à transférer ses droits à un tiers (C. O., art. 327) ; dans les contrats à long terme, décider si une interruption de travail survenue sans la faute de l'employé a été assez courte pour ne pas lui faire perdre son droit au salaire (art. 335) ; fixer la rémunération supplémentaire à laquelle l'employé a droit pour un supplément de travail qu'il eût été de sa part contraire à la bonne foi de refuser (art. 336) ; dans le silence de la convention, apprécier si l'employé jouit de repos suffisants (art. 341) : ce sont toutes questions où, le plus souvent, les usages permettront au juge de déterminer ce qu'exigent le droit et l'équité (1).

Plus intéressants et plus nouveaux sont les problèmes que pose pour le juge la reconnaissance officielle par le législateur du règlement d'atelier, du contrat collectif de travail, et des contrats types de travail.

---

(1) Le Titre du contrat de travail ne donne au juge aucun pouvoir de contrôle spécial sur les clauses du contrat de travail ou du règlement d'atelier stipulant des amendes et retenues, dont on sait pourtant à quels abus elles ont donné lieu un peu partout, (sur les abus constatés en France et le refus des tribunaux français de réduire des amendes, même s'ils les tiennent pour excessives, cf. Pic, *Législation industrielle*, 4e Ed. § 982 à 992). Le Code civil se contente d'interdire la compensation entre le salaire des ouvriers et une créance du patron, en tant que le salaire « est absolument nécessaire à leur entretien et à celui de leur famille » (C. O. art. 125 et 340) ; mais ce texte même pose devant le juge le problème singulièrement complexe et discuté du salaire vital et du salaire familial ; à souligner, pour fixer l'esprit « social » du Code, qu'il prend pour base l'entretien de la famille, et non celui de l'individu isolé.

Pour que le règlement d'atelier, qu'il appelle règlement de travail, oblige l'employé, le Code exige (art. 321) qu'il soit rédigé par écrit et qu'il lui ait été communiqué avant son engagement : tentative louable pour replacer un véritable accord contractuel à la base de ce que la doctrine française appelle, avec un optimisme parfois peu conforme à la réalité, un contrat d'adhésion. Il dépendra de l'interprétation jurisprudentielle que la seconde condition soit efficace : si le simple affichage dans le bureau d'embauchage de ce règlement d'atelier doit être considéré par les tribunaux comme valant une communication à l'employé, il est douteux que le consentement de celui-ci à ses clauses soit plus effectif que par le passé. Tout au moins, du caractère de loi contractuelle que le Code donne au règlement de travail, résulte-t-il que le juge ne saurait admettre la validité de modifications ultérieures qui ne seraient pas le résultat d'un accord contractuel et qu'en cas de désaccord entre le règlement d'atelier et le contrat de travail, c'est le second qu'il doit faire prévaloir.

Du contrat collectif, dont la reconnaissance est une innovation législative, les rédacteurs du Code ont entendu faire un véritable règlement public, ayant force obligatoire légale et qui prime les contrats individuels dérogatoires (1). Toutefois, ils ont écarté une

---

(1) Art. 323 C. O. : « Le contrat de travail que passent des ouvriers et des employeurs liés par un contrat collectif est nul dans la mesure où il déroge à celui-ci.

Les clauses nulles sont remplacées par celles du contrat collectif ». Cf. les déclarations très nettes, dans la séance du 25 octobre 1909 du Cons. Nat. (*Bull. Stén.* XIX, Cons. Nat., p. 596 et s.) de M. Huber, qui compare la force obligatoire du contrat collectif à celle des traités entre états dans le droit international et qui rappelle les contrats analogues qui, au moyen-âge par exemple, se passaient entre les différentes classes de la population.

M. Rutty (*id.*, p. 589 à 592) a ainsi précisé le point de vue du législateur faisant place au contrat collectif : « Nous avons estimé que, placés entre l'alternative de déclarer nuls tous les contrats collectifs, ce qui ne venait à l'idée de personne, et l'alternative de les réglementer dans le cadre de dispositions précises, nous ne pouvions hésiter à faire entrer franchement dans une loi un contrat qui était entré dans nos mœurs. En ne les réglementant pas, la loi qui les ignorait ne les empêchait pas de se former, et cela dans des conditions encore plus grandes d'insécurité et d'arbitraire ».

Dans une loi récente, le législateur français a, lui aussi, admis la nullité des clauses dérogatoires à une convention collective de travail : cf. l'*art. 31 q* de la loi du 25 mars 1919 complétant le titre II du livre 1er du Code du travail :

« Lorsqu'un contrat intervient entre un employé et un employeur qui doivent, aux termes de l'art. 31 *k*, être considérés comme soumis l'un et l'autre aux obligations résultant de la convention collective de travail, les

disposition proposée par la Commission des Experts et qui rendait un contrat conclu dans une profession obligatoire dans la région pour tous les autres patrons et ouvriers de cette profession, sauf convention expresse de leur part (1) : il a paru, en effet, que cette disposition pouvait restreindre abusivement la liberté des conventions, et que c'était au juge qu'il revenait, en recherchant dans quelle mesure les contrats collectifs en vigueur pouvaient être interprétés comme l'expression de l'usage local, de compléter par leurs dispositions les lacunes des contrats individuels passés par les employeurs et employés que ne lierait pas le contrat collectif.

Au contraire, entre employeurs et employés liés par le contrat collectif, la loi prescrit que les clauses des contrats de travail individuels sont nulles, si elles dérogent au contrat collectif : l'article 323 enlève au juge lui-même le droit de faire prévaloir le contrat individuel sur le contrat collectif. La seule ressource pour l'employeur ou l'employé, qui voudrait se libérer des clauses du contrat collectif serait de sortir de l'organisation qui l'a conclu en son nom : encore la doctrine admet-elle que si leur sortie n'avait d'autre but que d'échapper au contrat collectif, elle pourrait être considérée comme un abus de droit et que les obligations réciproques devraient être déterminées comme s'ils restaient dans l'association (2) : solution excessive tant que le Syndicat lui-même n'est pas obligatoire ; il faudrait en tout cas que les éléments constitutifs de l'abus de droit fûssent bien manifestement réunis pour qu'en pareille circonstance le juge pût porter une telle atteinte à la liberté des parties.

Il n'est d'ailleurs pas douteux, quoique le Code ne précise pas ce point, que le contrat collectif reste soumis, aussi bien qu'un contrat individuel, au contrôle supérieur du juge, qu'il doive être lui aussi établi et appliqué conformément aux règles de la bonne foi, que le juge puisse l'annuler pour vice de consentement ou illicéité, en prononcer la résiliation pour de justes motifs.

A côté du contrat collectif, le Code fait place à ce qu'il appelle

---

règles déterminées en cette convention s'imposent, nonobstant toute stipulation contraire, aux rapports nés de ce contrat de travail ».

(1) Un referendum vient de rejeter, le 22 mars 1920, à une majorité d'ailleurs très faible (249.000 voix contre 246.000) un projet de loi sur la création d'offices des salaires et d'offices de conciliation, qui donnait compétence aux autorités pour fixer les salaires minima et rendre obligatoires les conventions générales de travail passées entre les organisations patronales et ouvrières.

(2) En ce sens Oser, *Kommentar*, V., p. 642 à 643 — et Fick, *Kommentar*, sous l'art. 332, N° 39.

le contrat type (art. 324) : rédigé, après avis des intéressés, par les autorités publiques, dûment publié, le contrat type devient un règlement d'ordre dispositif auquel sont soumis de plein droit, dans la région pour laquelle il est établi, tous les membres de la profession qu'il concerne : à l'inverse du contrat collectif, la loi admet les intéressés à y déroger, mais elle exige que toute convention contraire soit passée par écrit ; le juge ne peut donc pas l'écarter sur de simples présomptions d'une volonté contraire des parties. Le contrat type était entré dans la pratique dès avant la publication du Code : en lui donnant une existence officielle, le législateur a voulu décharger la loi de dispositions de détail, qu'il est préférable d'adapter aux besoins divers de temps et de lieu.

La résiliation anticipée du contrat de travail est une des matières où le pouvoir d'appréciation du juge trouve le plus à s'exercer : l'art. 352 autorise l'employeur et l'employé à se départir immédiatement du contrat pour de justes motifs, par une simple déclaration faite à l'autre partie (1). C'est tout le droit de grève et de lockout qui se trouve à la fois consacré et limité dans cette brève formule : c'est en dire l'importance pratique, et la reconnaissance du droit à la brusque résiliation du contrat de travail pourrait mener loin, si l'existence du juste motif n'était vérifiée avec attention et impartialité par les Tribunaux.

Le législateur, respectueux du principe de la libre appréciation, n'a pas voulu définir le juste motif : il se contente de prescrire que doivent être considérées comme telles, « toutes les circonstances qui, pour des raisons de moralité ou en vertu des règles de la bonne foi, autorisent l'une des parties à ne plus exécuter le contrat » (2). Outre qu'elle n'est pas limitative, cette formule ne donne au juge qu'un critérium assez vague : l'interdiction qu'y ajoute le Code de considérer comme un juste motif une maladie relativement courte de l'employé survenue sans sa faute ou un service militaire obligatoire pour lui, ne le circonscrit guère plus. Le Tri-

---

(1) Règle de droit impératif, qu'il n'appartient pas aux parties de modifier, en excluant ou en restreignant par leurs conventions les motifs légaux de résiliation (Arr. T. F. du 3 mai 1913, *J. des Trib.*, 1913, D. F., p. 474 et s.)

(2) Pour justifier la résiliation, une faute n'est pas nécessaire de la part de celui contre qui elle est invoquée : sa cause peut être un évènement fortuit, elle peut même provenir du fait du résiliant, par exemple d'une maladie prolongée ou de sa déconfiture, s'il n'a pas intentionnellement provoqué ce fait pour obtenir la résiliation du contrat de travail, car ce serait alors violer les règles de la bonne foi.

bunal Fédéral a cherché à condenser dans un principe directeur ces règles de la bonne foi, et, sous une forme un peu différente de celle du Code, il a admis que la résiliation pouvait être demandée quand les conditions essentielles, d'ordre personnel ou d'ordre matériel, en raison desquelles le contrat a été conclu, n'existent pas ou n'existent plus (1). Formule elle-même équivoque : la partie qui provoque la résiliation n'affirmera-t-elle pas que la condition dont elle invoque l'inexistence ou la disparition était à ses yeux essentielle ?

On aurait vite fait d'aboutir à une jurisprudence de classe, si le juge se laissait entraîner à ne voir que la situation économique des parties, s'il considérait trop aisément la tension des rapports entre employeurs ou employés ou un désaccord sur une modification proposée par l'une des parties au contrat de travail comme un juste motif de résiliation. Pour savoir ce qu'exige la bonne foi, il ne doit pas s'en rapporter à la conception d'une classe sociale ou de groupes professionnels isolés, mais se baser à tout le moins sur la conception politique du pays, telle que la traduisent la législation et les institutions : ainsi, quand même des groupements syndicaux proclameraient que la fidélité et la solidarité professionnelles font de la continuation du travail pendant la grève un acte immoral, aussi longtemps que l'esprit de la législation est d'exiger la fidélité contractuelle comme un devoir supérieur, le juge doit voir dans le refus par les ouvriers de continuer leur travail après la déclaration de grève un juste motif de résiliation pour le patron. Mais, par ce seul exemple, on voit quels problèmes l'application de l'art. 352 peut poser au moindre juge, et combien un large pouvoir d'appréciation exige chez lui une solide instruction générale et professionnelle et, plus encore, un jugement sûr et droit.

A la question de la légitimité de la résiliation, s'adjoindra le plus souvent devant le juge une question de dommages-intérêts : la partie, qui résilie pour de justes motifs, n'en doit évidemment pas ; mais elle peut en demander si, sans être elle-même en faute, elle s'appuie sur l'inobservation du contrat par l'autre partie (art. 353). Le Code, d'ailleurs, précise au juge comment il doit calculer

---

(1) « Il y a lieu de rechercher si les circonstances que le défendeur invoque pour justifier la résiliation étaient telles que dans le cas où il les aurait prévues, il n'aurait pas conclu le louage de services avec le demandeur » (Arr. T. F. 27 octobre 1911 — *Pr. des B. G.*, I, p. 39) Cf. aussi sur l'appréciation en sens divers du juste motif de résiliation : arr. du 10 février 1912 (*Pr. des B. G.*, I, p. 166) — arr. du 10 juin 1912 (*Pr. des B. G.*, I, p. 400) — arr. du 8 avril 1916 (*A. T. F.*, 42, 2, p. 147).

ces dommages-intérêts : à moins qu'il n'y ait eu un acte illicite ouvrant le droit à une réparation morale du fait des articles 41 et s., C. O., les dommages-intérêts correspondront à l'intérêt qu'avait le demandeur au maintien du contrat, c'est-à-dire en somme au montant des avantages directs ou indirects qu'il y a perdus, mais diminués le cas échéant de ce qu'il a pu récupérer en recouvrant sa liberté. L'évaluation pécuniaire doit être faite par le juge d'après les circonstances et l'usage local.

Propriété des Inventions.

Le Code des Obligations a voulu régler la question délicate de la propriété des inventions faites par les employés et ouvriers (C. O., art. 343) : il l'a réglée d'ailleurs dans un sens plutôt restrictif, avec l'intention déclarée d'éviter le plus possible l'intervention du juge, en raison même de la publication compromettante pour le secret de l'invention qu'entraînerait forcément le recours au Tribunal. Il n'a pu cependant, sans se montrer d'une rigueur peu équitable qui eût découragé les inventeurs et nui aux patrons mêmes, repousser complètement le principe de l'indemnité. Si l'invention appartient à l'employeur lorsque la nature de ses services impose à l'employé une activité inventive ou lorsque l'employeur s'en est assuré par une clause expresse la propriété, dans ce dernier cas du moins, « si l'invention est d'une réelle importance économique, l'employé peut réclamer une rétribution spéciale, à fixer équitablement », et pour la détermination de laquelle le juge devra tenir compte tant de la collaboration de l'employeur, qui peut y avoir contribué en aiguillant ou en facilitant matériellement les recherches de l'employé, que du profit qui a été retiré par le premier de l'invention.

Clauses prohibitives de concurrence.

Autre convention connexe au contrat de travail : la prohibition de faire concurrence à l'employeur. Très discutée lors de la révision du Code des Obligations, cette clause a été reconnue valide par le législateur, mais dans des limites étroites, dont le respect impose au juge un rôle de vérification. La prohibition de concurrence n'est admise que si le contrat de travail « permet à l'employé de connaître la clientèle de l'employeur ou de pénétrer dans le secret de ses affaires », et si, en mettant à profit cette connaissance, il peut causer au patron un préjudice

sensible (C. O., art. 356). Ces conditions mêmes réunies, la prohibition ne saurait être absolue et illimitée : s'il a cru nécessaire à l'intérêt des patrons d'autoriser dans ces deux cas la clause de prohibition, le législateur suisse s'est préoccupé de prévenir les abus révélés par la pratique et d'empêcher qu'elle n'aboutît, en cas de rupture du contrat, à rendre impossible à l'employé l'exercice de sa profession et, par suite, à le maintenir à la merci de l'employeur. De là l'article 357 C. O. : « La prohibition de faire concurrence n'est valable que dans la mesure où elle est stipulée pour un genre d'affaires, un temps et un rayon limités, conformément aux circonstances, et en tant qu'elle n'est pas de nature à compromettre, d'une manière contraire à l'équité, l'avenir économique de l'employé ». En opposition voulue avec l'ancienne jurisprudence du Tribunal Fédéral qui déclarait nulles, comme immorales, les clauses prohibitives de concurrence excessives, le Code prescrit au juge de les réduire désormais à la mesure convenable (1).

Toujours dans un but de protection pour l'employé, le Code précise que la prohibition cesse si l'employeur n'a pas un réel intérêt à la maintenir, et que l'employeur ne peut l'invoquer si la résiliation du contrat a été provoquée par lui sans juste motif, ou *a fortiori* si elle l'a été contre lui par suite de sa propre faute.

La violation de la clause de prohibition sera en principe sanctionnée par une condamnation à des dommages-intérêts que prononcera le juge, en application des principes généraux de la faute. Toutefois, si l'importance des intérêts lésés ou menacés et la manière d'agir de l'employé le justifient, l'employeur peut, en outre, demander au juge de faire cesser la contravention (C. O., art. 359) : mesure grave, que justifieront seules une faute lourde de l'employé et l'impossibilité ou l'insuffisance d'une réparation pécuniaire.

---

(1) Cf. Arr. du T. F. du 19 Nov. 1917 (*A. T. F.*, 43, 2, p. 662) — Sur les limites pratiques de la prohibition, cf. en dehors de l'arrêt précité : Arr. du 31 mai 1914 (*A. T. F.* 39, 2, p. 254) — Arr. du 21 mars 1914 (*J. des Trib.*, 1915, D. F., p. 77) — Arr. du 11 mai 1918 (*Pr. des B. G.*, VII, p. 150) — Arr. du 2 oct. 1916 (*Pr. des B. G.*, V, p. 11). La jurisprudence d'ailleurs considère comme nulle l'interdiction de concurrence, lorsque le lien entre le patron et sa clientèle est de nature essentiellement personnel, c'est-à-dire que les clients sont attirés par les aptitudes personnelles du patron : tel est le cas pour une interdiction imposée par un médecin à son assesseur, par un avocat à son secrétaire (arr. du T. F. du 2 mars 1918, *J. des Trib.*, 1918, D. F., p. 311).

Contrat d'Entreprise.

Quoique le prix en ait été fixé à forfait, le juge peut, en vertu de son pouvoir d'appréciation, accorder soit une augmentation du prix, soit la résiliation du contrat, « si l'exécution de l'ouvrage est empêchée ou rendue difficile à l'excès par des circonstances extraordinaires, impossibles à prévoir, ou exclues par les conventions qu'ont admises les parties. » (C. O., art. 373) (1). A la condition d'ailleurs que l'entrepreneur ait, conformément à l'article 365, § 3, informé immédiatement le maître de la constatation ou de la survenance des circonstances qui devaient compromettre l'exécution régulière ou ponctuelle de l'ouvrage. Le législateur n'a pas voulu porter atteinte au caractère forfaitaire du prix : il précise que le maître doit payer le prix intégral, même si l'ouvrage a exigé moins de travail qu'il n'était prévu.

D'autre part, l'entrepreneur a pu prendre par une clause expresse à sa charge tous les risques : il n'aura plus alors que la ressource d'invoquer la force majeure, si l'exécution est rendue impossible (art. 119, C. O.). Mais le législateur a estimé que c'était se conformer à la volonté réelle des parties que de restreindre leur engagement aux limites qu'elles-mêmes ont expressément ou implicitement prévues à la conclusion du contrat. Si donc les circonstances nouvelles étaient possibles à prévoir, mais qu'en fait les parties aient admis qu'elles ne se produiraient pas, le prix forfaitaire convenu pourra être relevé par le juge (2). C'est donc plus par rapport aux prévisions des parties que d'après leurs conséquences objectives, que le juge doit apprécier si les circonstances intervenues sont assez exceptionnelles pour légitimer une modification du forfait ; mais il va plus loin que l'intention des parties, pour faire triompher l'équité.

L'article 373 est susceptible d'applications fréquentes à une époque d'instabilité économique comme la nôtre : en dehors des grèves qui peuvent de moins en moins échapper complètement aux prévisions des parties, mais dont les conséquences peuvent avoir été impossibles à prévoir, la guerre, avec la raréfaction des pro-

---

(1) L'article 1793 du C. c. fr. exclut expressément toute demande d'augmentation de prix de la part de l'entrepreneur, qui n'a qu'une ressource : établir l'impossibilité absolue d'exécuter pour faire résilier le contrat.

(2) Tel sera le cas, si, de la convention, il résulte que le prix a été fixé en s'appuyant sur un rapport d'expert qui déclarait le sol bon ; malgré ces assurances données, des accidents du sol se produisent ; quoiqu'ils n'aient rien d'exceptionnel, mais parce qu'ils ont été exclus des prévisions des parties, le juge pourra modifier le prix.

duits et de la main-d'œuvre, le bouleversement des prix, qu'elle a entraînés, aura bien été une de ces circonstances extraordinaires qui justifient l'intervention du juge (1).

Le Code accorde une protection efficace à ceux qui font construire contre les dépassements de devis auxquels sont trop inclinés les entrepreneurs : non seulement, comme en droit français, le maître peut, au cours du travail, se départir à tout moment du contrat, en indemnisant complètement l'entrepreneur des dépenses par lui effectuées (C. O., art. 377) ; mais, en cas de dépassement de devis excessif, et ce sera au juge d'apprécier si la condition est réalisée, il peut, si la construction n'a pas été élevée sur son fonds, se départir du contrat, même après l'exécution, et, si elle l'a été sur son fonds, demander au juge soit une réduction convenable de prix, soit l'arrêt des travaux en payant une indemnité équitable pour les travaux exécutés (art. 375).

Contrat d'Edition.

La réglementation détaillée du contrat d'édition ne contient, du point de vue qui nous occupe, qu'une disposition intéressante : ce contrat, conclu essentiellement *intuitu personæ* s'éteint si, avant l'achèvement de l'œuvre, l'auteur décède ou ne peut, sans sa faute, le terminer ; mais, à titre exceptionnel, si le maintien intégral ou partiel du contrat paraît possible et équitable, le juge peut l'autoriser et prescrire toutes les mesures nécessaires (C. O., art. 392) : ainsi donc, si un manuscrit, une statue, une composition musicale, se trouvaient assez avancés pour que la publication en parût possible sans compromettre la réputation de l'auteur, et que l'éditeur pût justifier d'un intérêt sérieux à faire cette publication, le juge pourrait ordonner, non seulement que l'œuvre soit livrée à l'éditeur par l'auteur ou ses héritiers, mais même, semble-t-il, qu'elle soit terminée et mise au point par une personne compétente. Le cas devra rester exceptionnel : il est trop délicat pour tout autre que l'auteur d'apprécier le fini d'une œuvre, et la moindre retouche peut trop vite défigurer un travail, pour que ce ne soit faire beaucoup crédit au juge que l'instituer critique littéraire ou critique d'art.

---

(1) Cf. l'arrêt du T. F. du 3 juillet 1919 cité plus haut (chap. II, Section I, p. 41).

Courtage et gestion d'affaires.

Le courtage, que le Code suisse distingue du mandat, donne droit, quand l'affaire a été conclue, à un salaire qui est fixé, soit par la convention des parties, soit par l'usage ; toutefois le Code, dans deux cas limités, autorise le juge sur la requête du débiteur, à réduire équitablement ce salaire, s'il lui paraît excessif : lorsque le courtage était relatif, ou à la conclusion d'un contrat de travail, ou à une vente d'immeubles (C. O., art. 417). Mesure de défiance — ou de précaution — à l'égard des bureaux de placement et des marchands de biens ; l'article 21 et l'article 263 n'auraient pu être appliqués que par analogie ; comme ces deux cas prêtaient plus que d'autres à une exploitation des besoins de l'ouvrier ou du vendeur par le courtier, le législateur, soucieux de réprimer l'usure, a délégué expressément au juge cette mission.

En cas de gestion d'affaires, le maître doit, comme en droit français (1), rembourser au gérant, en principal et intérêts, les dépenses nécessaires et les dépenses utiles justifiées par les circonstances, et le décharger dans la même mesure de ses engagements ; il doit aussi, et ce texte a été rajouté lors de la revision du Code, « l'indemniser de tout autre dommage que le juge fixera librement. » (C. O., art. 422) : le juge est donc autorisé à tenir compte de tout préjudice matériel ou moral, perte de temps, atteintes à la tranquillité, dont aura souffert le gérant d'affaires.

Sociétés.

Comme le Code civil français (art. 1.871), le Code suisse reconnaît au juge le droit de prononcer en tout temps, sur demande de l'un des associés, pour de justes motifs, la dissolution d'une Société (C. O., art. 545, § 7) : impossibilité pour un associé de continuer à s'occuper des affaires sociales, discorde entre les associés, manquement de l'un d'eux à ses engagements, à condition que le demandeur n'argue pas de sa propre faute, les motifs peuvent être nombreux, et tout le problème sera pour le juge

---

(1) Le Code suisse est plus restrictif toutefois que le droit français en ce sens que, pour décourager des intrusions trop fréquentes dans les affaires d'autrui, il ne prescrit pas l'indemnisation du gérant toutes les fois que l'affaire a été bien administrée, mais seulement « lorsque l'intérêt du maître commandait que la gestion fût entreprise ».

d'apprécier si, en fait, ils rendent impossible ou compromettent la continuation de la Société.

Lorsqu'il s'agit d'une Société commerciale en nom collectif ou en commandite, et que le motif de dissolution se rapporte essentiellement à la personne de l'un des associés ou commanditaires, qu'il consiste par exemple dans sa faillite ou dans une faute lourde de sa part, le juge peut, au lieu de prononcer la dissolution, ne prononcer que l'exclusion de cet associé ou commanditaire, si elle est demandée par tous les autres (C. O., art. 576) ; il peut même, d'après l'art. 578, prononcer l'exclusion d'un associé, alors que c'est la dissolution qui a été demandée par les coassociés, si elle l'a été pour un motif essentiellement personnel à cet associé · faculté dont il ne devra user qu'avec prudence, puisque cette solution maintient malgré eux les coassociés dans les liens de la Société.

Le juge peut aussi prononcer pour de justes motifs l'exclusion d'un sociétaire d'une Coopérative sur la demande de l'un quelconque des sociétaires, soit que les statuts ne prévoient pas le cas, soit même qu'ils contiennent une disposition contraire (C. O., art. 685) : il n'en résulte pas que les statuts ne pourraient conférer un droit d'exclusion à certains des organes de la Société, ni fixer des motifs d'exclusion, mais seulement qu'une clause des statuts qui interdirait le recours à l'autorité judiciaire serait nulle (1), et que le juge garde, quelles que soient les clauses des statuts, le droit de contrôler les décisions prises par le Conseil ou l'Assemblée générale de la Coopérative, et même, le cas échéant, de les suppléer.

Cette limitation de la liberté statutaire n'est pas établie, en effet, au bénéfice du sociétaire dont l'exclusion doit être prononcée ; elle l'est, au contraire, au profit de ses cosociétaires et, en leur donnant le droit de recourir au juge en tout état de cause pour obtenir l'exclusion motivée d'un sociétaire, elle vise à sauvegarder leurs intérêts. Le Tribunal Fédéral admet même comme licite une disposition statutaire permettant aux organes sociaux de la Coopérative de prononcer souverainement l'exclusion d'un sociétaire pour un des motifs prévus par la loi ou par les statuts (2).

---

(1) A. T. F., 21, p. 1251 — *Schw. Jur. Zeit.*, VIII, p. 139.

(2) Le législateur en effet confère une autonomie encore plus grande aux associations (C. c. art. 72), et, dans une coopérative, à côté du but économique, il faut tenir compte des qualités personnelles des membres (Arr. du 15 mars 1912, *J. des Trib.*, 1913, D. F., p. 34). Antérieurement, au contraire, le Tribunal Fédéral avait admis la nullité d'une clause statutaire interdisant aux sociétaires exclus le recours à l'autorité judiciaire (*A. T. F.*, 21, p. 1251).

Lorsque l'intervention du juge n'est pas exclue par les statuts, sa compétence se limite d'ailleurs à vérifier si la décision d'exclusion est régulière en la forme, et si elle a été prononcée pour une cause visée par les statuts ; mais il ne lui appartient pas d'examiner si les faits constatés étaient assez graves pour justifier l'exclusion ; la Société tranche souverainement cette question de fait (1).

Quelque larges que soient les pouvoirs qu'il donne au juge, il est certaines matières où sans oser ou sans vouloir aller au bout de ses prémisses, le législateur suisse a maintenu des solutions restrictives ou tout au moins estimé prématuré de consacrer les conséquences que la doctrine tire déjà de ces principes.

Comme le Code Napoléon, il interdit au juge de suppléer d'office le moyen résultant de la prescription (C. O., art. 142) : il peut cependant se présenter des cas, rares en fait d'ailleurs, où un débiteur inexpérimenté n'aura pas su invoquer une prescription acquise à son profit et où il eût été plus équitable que le juge pût venir à son secours. Mais la prescription est une nécessité pratique qui protège indistinctement des situations respectables et des atteintes au droit, et c'est par suite la bonne foi elle-même qui peut amener un débiteur à ne pas s'en prévaloir : des questions de conscience interviennent ici, qu'il a paru préférable de soustraire aux investigations du juge.

Le droit pour le juge d'invoquer d'office la prescription se rattache à celui, plus général et qui avait été aussi demandé pour lui, d'admettre l'erreur de droit : M. Rossel, notamment (*Manuel*, I, p. 58) aurait voulu que le juge fût autorisé par un texte exprès à tenir compte aux parties de leur ignorance du droit, toutes les fois que cette ignorance eût été à la fois manifeste et excusable ; il voyait dans la présomption que nul n'est sensé ignorer la loi, « une survivance barbare » absolument contraire à l'équité à une époque où les jurisconsultes eux-mêmes ne peuvent se donner l'illusion de connaître toute la législation. Il n'en reste pas moins que l'observation par tous de la loi est une condition trop essentielle de l'ordre social pour que le législateur fournisse lui-même aux justiciables un prétexte de ne pas se préoccuper de la connaître et de l'appliquer : et, de l'ensemble des dispositions du Code,

---

(1) Arrêt du T. F. du 29 mai 1914 (*Pr. des B. G.*, III, p. 307) : en l'espèce, décision d'exclusion annulée, parce que prise sans que le sociétaire ait été entendu, ce qui constitue la violation d'un droit primordial et entache la décision d'arbitraire. Sur la nécessité de cette audition, cf. cependant en sens différent, un arrêt du T. F. du 16 mars 1918 (*J. des Trib.*, 1918, D. F., p. 564).

il résulte bien qu'il n'a pas voulu changer la solution traditionnelle.

Il n'a pas enlevé leur caractère de nullité absolue à l'absence des formes solennelles, dans les actes où il les exige, et, si l'erreur sur la nature juridique du contrat équivaut à un défaut d'accord des volontés, qui empêche sa formation, une fausse appréciation des conséquences juridiques du contrat ne peut être considérée que comme une erreur sur ses motifs, indifférente pour sa validité (1). Sur ce dernier point cependant, la jurisprudence, s'appuyant sur les règles de la bonne foi, inclinerait peut-être à admettre avec plus de facilité l'erreur de droit : c'est ainsi qu'après l'avoir exclue comme fondement d'une action en enrichissement injuste fondée sur l'article 72 C. O. (Arr. du 19 juin 1905, *A. T. F.*, 31, 2, p. 294), par un arrêt plus récent, qui, en s'appuyant sur une doctrine abondante, paraît vouloir fixer la jurisprudence, le Tribunal Fédéral a reconnu que le Code des Obligations ne contenait aucun principe analogue à l'axiome du droit romain « *error juris nocet* » et qu'en conséquence une *condictio indebiti* pouvait être motivée par une erreur de droit (Arr. du 3 avril 1914, *Pr. des B. G.*, III, p. 243).

Soucieux d'assurer une exacte justice contractuelle, le législateur suisse aurait enfin pu donner au juge des pouvoirs spéciaux, ou tout au moins lui confier une mission expresse de réprimer tout abus dans ces contrats que la vie courante voit se multiplier et où sa prépondérance économique et sa connaissance plus complète du droit permettent à une des parties de déterminer toutes les modalités et les conséquences juridiques du contrat par un véritable règlement anticipé et unilatéral, à laquelle l'autre partie n'a que la ressource d'adhérer en bloc : règlement, dont les polices d'assurance, les conventions de transport, les règlements d'atelier offrent des exemples caractéristiques et qui ont fait donner à ces contrats le nom de « contrats d'adhésion » (2).

La doctrine incline en France à demander pour le juge de larges pouvoirs pour contrôler l'équité de ces clauses réglementaires, et, le cas échéant, faire prévaloir sur elles l'intention réelle des parties (3). Le législateur suisse cependant n'a pas confié au juge de pouvoir spécial à leur égard : il a pris, nous l'avons vu, quelques précautions pour que le règlement d'atelier ne mît pas l'em-

---

(1) Cf. Oser, *Kommentar*, t. V., p. 105.

(2) Sur la nature juridique du contrat d'adhésion, cf. Gounot, *op. cit.*, p. 227-231.

(3) Cf. Fortier : *Des pouvoirs du juge en matière de contrats d'adhésion*, Th., Dijon, 1909.

ployé à la discrétion de l'employeur, et surtout il a réduit son importance par la reconnaissance officielle du contrat collectif et du contrat type. Il a, parce que la liberté du choix du cocontractant se trouve supprimée en l'espèce pour le public, interdit aux entreprises de transport autorisées par l'Etat de se soustraire par avance à tout ou partie de leur responsabilité légale (C. O. art. 455) et, par diverses lois spéciales, étendu le même principe aux chemins de fer (1), services de navigation, postes et télégraphes. Pour le surplus, il lui a sans doute paru que le principe général du respect de la bonne foi donnait au juge une liberté suffisante pour interpréter ou corriger celles des clauses des contrats d'adhésion qui ne paraîtraient pas correspondre à la commune intention des parties ou à la justice (2).

(1) Sur le caractère de droit impératif des dispositions légales réglant la responsabilité civile des chemins de fer, cf. arr. du T. F. du 16 juillet 1912 (*J. des Trib.*, 1913, D. F., p. 76).

(2) Sur l'interprétation notamment des polices d'assurances pour laquelle les Tribunaux suisses s'inspirent des mêmes principes que la jurisprudence française, cf. arrêt du T. F. du 16 janv. 1912 (*A. T. F.*, 38, 2 — p. 215), arr. du 3 juin 1911 (*J. des Trib.*, 1913, D. F., p. 42), arr. du 16 avril 1913 (*J. des Trib.*, 1913, D. F., p. 467).

CHAPITRE IV

LES TRIBUNAUX SUISSES ET L'APPLICATION DU CODE CIVIL

L'étude du rôle et des pouvoirs confiés aux juges suisses par le Code civil ne serait pas complète, les raisons mêmes qui ont fait adopter ces innovations législatives se comprendraient mal, si l'on ne savait à quels juges l'application de ce Code s'est trouvée confiée et ce que le législateur pouvait leur demander. Pour l'indiquer, il faudra sans doute déborder les frontières du droit civil auquel cette étude voulait se limiter ; mais la loi n'est pas chose abstraite, qui puisse se juger comme un système de philosophie ou un théorème algébrique. Plus que tout autre, nous l'avons vu, le législateur suisse s'est pénétré de l'idée qu'il devait faire une œuvre intelligible et pratique, à la portée de ceux à qui elle s'adressait : en rédigeant le Code, il a eu en vue ceux qui en assureraient l'application autant que ceux qu'il régirait.

Il est donc nécessaire de voir brièvement par quels Tribunaux le Code a été mis en œuvre, en insistant quelque peu sur les attributions du Tribunal Fédéral et sur le rôle considérable qui lui revient d'orienter et de guider les Tribunaux inférieurs.

*
* *

L'organisation judiciaire, en dehors du Tribunal Fédéral, relève toute entière en Suisse des Cantons, et présente par suite une assez

grande diversité dans ses détails (1) ; mais les principes essentiels en sont les mêmes partout et lui donnent une physionomie originale.

Le premier principe est celui de l'élection : désignation des juges par les justiciables d'une part, renouvellement périodique d'autre part.

L'élection est partout la règle pour les juges de paix, sauf dans l'Appenzell-Intérieur. Dans les trois Cantons de Vaud, de Fribourg et du Valais, la Cour d'appel élue par le Grand Conseil a la nomination des magistrats inférieurs. Dans tous les autres Cantons, tout ou partie des magistrats, en outre des juges de paix, sont élus directement par le peuple. Les membres des tribunaux de première instance sont partout élus, sauf à Neufchâtel, Zug et Nidwald. L'instance d'appel est elle-même élue par le peuple dans les Cantons de Gènève (2), Uri, Schwitz, Glaris, Obwald, les deux Appenzell ; dans les autres Cantons, les magistrats en sont désignés par le Grand Conseil.

Elus par le peuple au suffrage direct ou indirect, les magistrats en outre sont soumis à son contrôle, que rend efficace leur renouvellement périodique. La durée de leurs pouvoirs est variable : en général un peu plus longue que celle des Assemblées législatives, elle reste cependant relativement courte. Sauf pour les affaires de peu d'importance, le principe du Collège de juges, siégeant en nombre impair, est de règle, et, pour assurer une certaine suite dans la pratique des Tribunaux, le principe du renouvellement partiel, par voie de roulement, est d'ordinaire admis.

Autre principe essentiel : une proportion importante des emplois judiciaires est confiée à des laïques, à des magistrats qui n'ont pas reçu de formation juridique, tels que sont en France les juges des Tribunaux de Commerce. Dans certains Cantons, les Tribunaux de première instance sont en entier composés de non professionnels ; dans d'autres, à un ou plusieurs juristes sont adjoints des assesseurs laïques. Il est même des Cantons, celui de Bâle par exemple, où le Tribunal supérieur lui aussi a une composition mixte.

---

(1) Cf. pour les détails, Brodtbeck, *Schweizerisches Rechtslexikon*, II, Nachtrag 1908 — Paul Pictet, *l'Election des juges par le peuple*, Diss. jur., Genève, 1904.

(2) Genève, seul canton où la nomination de tout le Corps judiciaire fût restée confiée au Grand Conseil, a, par une loi constitutionnelle du 29 octobre 1904, remis à l'ensemble des électeurs réunis en Conseil Général l'élection de tous les magistrats de l'ordre judiciaire.

Il n'y a donc pas en Suisse, comme en France, un corps judiciaire homogène, spécialisé, dont l'accès n'est ouvert que contre certaines garanties de connaissances juridiques et d'aptitudes professionnelles, et dont l'indépendance trouve une protection dans l'inamovibilité. Les juridictions civiles suisses se rapprochent plus de nos jurys ou tout au moins de nos Tribunaux commerciaux et prudhommaux que de nos Tribunaux civils.

Qu'en présence de cette organisation qu'il n'était pas en son pouvoir de modifier, le législateur fédéral ait éprouvé la nécessité de faire un Code aussi simple et clair que possible, cela se comprend assez ; qu'il ait en même temps cru possible et opportun de confier à ces juges un pouvoir étendu et de leur laisser une liberté très large, c'est de sa part une marque de confiance remarquable dans la sagesse de ses concitoyens, mais c'est peut-être une expérience hardie et dont les résultats seuls pourront dire s'il la devait tenter.

*
* *

En tout cas la préparation juridique insuffisante de beaucoup de Tribunaux inférieurs donne au Tribunal Fédéral un rôle de première importance dans l'application du Code civil et la formation de la jurisprudence : c'est sur lui qu'il faut surtout compter pour préciser le rôle qui appartient au juge, et lui apprendre à bien user des pouvoirs qui lui sont donnés (1).

Sa compétence civile est assez complexe : il n'y a pas lieu d'in-

---

(1) Créé en 1848, le Tribunal Fédéral vit son organisation développée et stabilisée, sa compétence précisée par la Constitution fédérale du 29 mai 1874 et par les lois fédérales sur l'organisation judiciaire fédérale du 22 mars 1893 et du 6 octobre 1911 : il se compose actuellement de 24 magistrats titulaires et 9 membres suppléants élus tous les 6 ans par l'Assemblée fédérale ; en tant que Cour civile, il se divise en 2 sections, composées chacune de 9 membres, présidées respectivement par le président et le vice-président du Tribunal, et entre lesquelles un réglement intérieur du tribunal répartit les affaires par catégories, chaque section ayant d'ailleurs les droits et attributions reconnues par la loi au Tribunal lui-même.

Jusqu'ici la politique n'est jamais intervenue dans les élections du Tribunal Fédéral, et les membres en sont, en pratique, aussi longtemps qu'ils n'expriment pas le désir contraire, indéfiniment réélus. Le Tribunal Fédéral siège à Lausanne, loin des Pouvoirs Publics.

Cf. pour les détails d'organisation, de fonctionnement et de compétence: U. Lampert, *Das Schweizerische Bundesstaatsrecht*, Zürich, 1918, P. 108 et s. — Bürckhardt, *Kommentar der Schweizerischen Bundesverfassung*, Berne, 1905, p. 815 et s. — Rauline : *Etude sur le Tribunal Fédéral suisse*, th., Paris, 1904.

sister ici sur son rôle comme instance unique, de premier et dernier ressort (1). Le Tribunal Fédéral fonctionne surtout comme instance de recours en réforme à l'égard des arrêts rendus par la dernière instance cantonale (2), soit quand le droit cantonal a été appliqué à tort à la place du droit fédéral, soit surtout quand le jugement est attaqué pour violation ou fausse interprétation du droit fédéral applicable à l'espèce.

Il n'est, à proprement parler, et au sens juridique français de ces termes, ni une instance d'appel, ni une instance de cassation. Il n'est pas une instance d'appel, parce que le législateur fédéral ne s'est pas reconnu le droit de supprimer les Cours d'appel cantonales existantes, et que d'autre part, il a semblé contraire à la bonne administration de la justice de créer deux appels successifs et trois degrés de juridiction. Mais le législateur n'a pas non plus voulu le réduire au rôle d'une Cour de Cassation : il lui a paru que le Tribunal devait avoir, lorsque l'application du droit fédéral était en question, la libre appréciation juridique des litiges, et que, d'autre part, une distinction rigoureuse entre les points de droit et les points de fait était impossible, étant donnée la manière dont dans certains Cantons la justice était administrée (3).

Ce que nous avons dit plus haut du recrutement des juges inférieurs fait assez comprendre le sens de cette dernière considération.

Le législateur a donc organisé une voie de droit *sui generis*, qui a pour but essentiel de permettre au Tribunal Fédéral de connaître de toutes les questions de droit à trancher en vertu des lois fédérales et par suite d'en assurer l'application uniforme (4). Cette voie de droit appelée instance en recours ou recours en réforme, doit être fondée sur une violation de la loi fédérale : soit sur la fausse application de la loi, soit sur l'appréciation juridique erronée d'un point de fait. Le Tribunal Fédéral n'y connaît pas en principe de la question de fait : il prend les faits comme établis,

---

(1) Il est compétent comme tel : exclusivement, pour les conflits civils où la Confédération est partie ou entre Cantons ; concurremment avec les tribunaux cantonaux, pour toutes les affaires de 3.000 francs au moins où les parties sont d'accord pour le saisir du litige.

(2) Les Cantons doivent en principe prévoir plusieurs instances pour les espèces dont appel peut être porté, d'après la Constitution de 1874 et la loi du 22 mars 1893, au Tribunal Fédéral : il y a quelques exceptions établies par des lois spéciales.

(3) Cf. *Message du Conseil fédéral — Feuille fédérale*, 1892, p. 128 et s.

(4) Cf. l'article 114 de la loi du 22 mars 1893.

tels qu'ils résultent de l'arrêt incriminé (1). Il n'a pas non plus le droit d'alléguer des faits nouveaux. En revanche, il apprécie librement la portée juridique des faits : et le Tribunal Fédéral a été amené par là à établir une distinction entre les faits proprement dits et les faits juridiques ; c'est ainsi qu'il considère la question de bonne foi comme une notion juridique dont il peut connaître (*A. T. F.*, 14, 90) ; de même, pour la question d'erreur (*A. T. F.*, 14, 317), pour celle d'exception de jeu (*A. T. F.*, 13, 505), d'invention, etc...

Mais, et c'est surtout en ce sens que cette voie de recours constitue une institution originale, le Tribunal Fédéral, lorsqu'il constate une fausse application de la loi, ne renvoie pas l'affaire pour être jugée à nouveau par un Tribunal cantonal ; il rend lui-même au fond un arrêt définitif (2).

Pour résoudre les conflits graves d'interprétation de la loi et assurer au sein même du Tribunal Fédéral l'uniformité de la jurisprudence, un procédé a été organisé qui s'inspire de l'exemple de la Cour de Cassation jugeant toutes Chambres réunies : c'est le renvoi à l'Assemblée plénière du Tribunal. Lorsqu'une Section du Tribunal voudrait juger contrairement à une décision antérieure de l'autre Section ou de l'Assemblée plénière elle-même, avant de rendre son arrêt, elle saisit du point de droit l'Assemblée plénière : la solution adoptée par cette dernière, tranchant sans débat oral, devient obligatoire pour la Section saisie de la cause, qui statue sur elle en se conformant à la décision de principe de l'Assemblée plénière (3).

Le Tribunal Fédéral est ainsi l'organe régulateur du pouvoir judiciaire, l'interprète le plus autorisé de la loi. Si la faculté qu'il a, en beaucoup d'espèces, de juger au fond, ne lui permet pas comme à notre Cour de Cassation, de ne se préoccuper que de l'application de la règle de droit, si ses arrêts ne sont pas en général rédigés avec la concision et la rigueur déductives qui caracté-

---

(1) Sauf si le Tribunal cantonal ne s'est pas expliqué sur l'existence des faits concluants (en ce cas le Tribunal fédéral peut ordonner un complément d'instruction), si les constatations du jugement sont en contradiction avec les éléments fournis par la procédure ou que le jugement repose sur des déductions arbitraires, enfin si l'appréciation qui a été donnée des preuves viole les lois fédérales (art. 81 et 82 de la loi du 22 mars 1893, modifiés par la loi du 6 octobre 1911 sur l'organisation judiciaire fédérale).

(2) C'est seulement s'il estime que le Tribunal cantonal a appliqué à tort la loi fédérale qu'il casse et renvoie au Tribunal cantonal, qui se trouve alors lié par les considérations juridiques de l'arrêt de cassation.

(3) Art. 23 de la loi du 22 mars 1893 — Cf. U. Lampert, *op. cit.*, p. 109-110.

risent les attendus de la Cour de Cassation (1), la science juridique de ses magistrats, l'esprit de suite, en même temps que la largeur de vue, dont il a fait preuve dès ses débuts, lui ont acquis une haute autorité.

Les arrêts du Tribunal Fédéral forment dès maintenant l'élément essentiel, prépondérant, de cette jurisprudence éprouvée, dont l'article 1er du Code prescrit au juge de s'inspirer ; c'est par lui que l'influence de la doctrine pourra le mieux se faire sentir dans les décisions judiciaires. C'est sur lui enfin qu'il faut compter pour assurer une interprétation à peu près uniforme du Code, et faire prévaloir l'esprit de la législation fédérale sur les tendances souvent divergentes de la coutume locale ou du droit cantonal.

*
* *

Quelle que puisse être cependant l'influence du Tribunal Fédéral, elle ne suffirait pas à assurer une sûre et saine application du Code, et, pour que la codification du droit produise tous ses effets, pour que le Corps judiciaire ne démente pas la confiance qu'a mise en lui le législateur, des réformes pourraient devenir nécessaires, sur lesquelles les juristes les plus autorisés semblent d'accord, comme ils le sont pour signaler les dangers de l'organisation judiciaire actuelle (2).

Le premier danger est que la prédominance de juges laïques favorise l'éclosion d'une jurisprudence de sentiment. Le législateur s'est préoccupé de concilier deux tendances, qu'il estime toutes deux légitimes : « d'une part celle du magistrat bien intentionné qui vise à redresser tous les torts, d'autre part celle du citoyen jaloux de sa liberté et qui repousse toute ingérence du pouvoir dans ses propres affaires » (3) ; la première ne risque-t-elle pas

---

(1) A signaler que la discussion des arrêts du Tribunal Fédéral est publique : pratique assez discutable, car elle restreint la liberté du juge qui peut se sentir gêné pour changer d'avis au cours de la discussion, et l'amène par suite à préparer son opinion avant d'avoir entendu les plaidoiries. Il est vrai qu'en cas de dissentiment un juge peut demander l'ajournement de la discussion, ce qui revient à supprimer la discussion publique, car il est évident qu'elle ne sera reprise qu'une fois qu'une entente sera officieusement intervenue. D'autre part, l'arrêt n'est pas rédigé par les magistrats, mais par le secrétaire du Tribunal qui recueille dans la discussion orale les considérations essentielles des avis exprimés par les juges : travail délicat, qui n'est d'ailleurs confié qu'à des juristes qualifiés, mais méthode qui ne permet pas une rigoureuse précision.

(2) Gmür, *op. cit.*, p. 142 et s. — Martin, *op. cit.*, p. 46 et s.

(3) *Exp. Mot.*, p. 3.

d'empiéter sur la seconde, si les bonnes intentions du juge ne sont pas contenues et dirigées par une forte expérience professionnelle, et, pourrait-on presque dire, par un certain scepticisme sur l'efficacité de son intervention ?

Un second danger plus grave et qu'accroît le régime électif de la magistrature, c'est que la jurisprudence de sentiment devienne une jurisprudence de classe (1). Prescrire au juge que ses arrêts soient, comme la loi, conformes aux aspirations de la conscience populaire, est une règle vague, mais en pratique acceptable, quand la conscience populaire se cristallise autour de quelques principes essentiels unanimement acceptés : ç'avait été jusqu'à ces dernières années le cas de la Suisse, où les divisions sociales étaient peu accentuées. Maintenant que s'y heurtent dans la conscience populaire des doctrines dont l'antagonisme est radical, si les luttes de doctrines et de partis viennent à s'étendre des élections politiques aux élections judiciaires, comment des juges élus sur des programmes politiques interpréteraient-ils les principes du Code ? Un juge socialiste, élu par un Collège en majorité socialiste, ne pourra-t-il considérer que sa soumission à la conscience populaire lui ordonne de corriger les principes du Code par ses doctrines réformistes ? Et ne pourrait-on pas voir surgir, à l'intérieur des frontières mêmes de la Confédération, des interprétations systématiques de la loi absolument opposées par leur esprit et leur but ?

Le principe de l'élection du juge par le justiciable ne semble pas cependant, à l'heure actuelle, être sérieusement contesté. M. Pictet, quoique appartenant au seul canton qui fût resté longtemps rebelle à ce système, s'en déclare nettement partisan : « On peut affirmer que l'expérience faite par nos Confédérés depuis fort longtemps déjà est favorable au système de l'élection directe. Nous ne prétendons pas qu'il n'y ait jamais eu de mauvaises nominations; qu'on n'ait jamais assisté à des luttes acerbes, ou au contraire qu'on n'ait jamais constaté d'indifférence. Mais on peut dire qu'en général là où les scrutins sont peu fréquentés, c'est parce que les candidats ne soulèvent pas de critiques sérieuses, et que là où il y a des luttes vives, c'est que les critiques ont quelque fondement. En tout cas, l'élection par le peuple a profité au prestige de la justice, à la formation et à l'évolution du droit, à la conscience juridique du peuple, et à la paix entre les citoyens » (2).

---

(1) Cf. Fick : *Die Sittlichkeit als Schranke der Vertragsfreiheit — Schw. Jur. Zeit.*, 15 mars 1914, p. 281-286.

(2) *Op. cit.*, p. 14 — A l'appui du système, il invoque l'autorité de Montesquieu (*Esprit des lois*, l. II. chap. II) : « Le peuple est admirable pour

L'opinion publique n'est pas non plus actuellement en Suisse même dans les milieux savants, hostile à la participation de juges laïques à l'administration de la justice (1). Elle semble croire

---

choisir ceux à qui il doit confier quelque partie de son autorité : il n'a à se déterminer que par les choses qu'il ne peut ignorer et des faits qui tombent sous le sens..... Il sait qu'un juge est assidu, que beaucoup de gens se retirent de son tribunal contents de lui, qu'on ne l'a pas convaincu de corruption : en voilà assez pour qu'il élise un préteur.... » Montesquieu, né en un siècle où l'autorité s'exerçait d'en haut et non d'en bas, pouvait croire à l'excellence du régime électif.

L'expérience faite par le législateur révolutionnaire ne devait pas tarder à démentir ces vues optimistes. La loi des 16-24 août 1790, complétée en ce qui concerne le Tribunal de Cassation par la loi des 27 novembre-1er décembre 1790, avait rendu électives et temporaires toutes les fonctions judiciaires : élection des juges de paix par les citoyens actifs réunis en assemblées primaires, élection des juges de district et des juges du Tribunal de Cassation par les électeurs du second degré. Les magistrats y perdirent aussitôt toute indépendance, et les résultats furent tels que la Constitution du 22 Frimaire an VIII rendit la nomination des juges des Tribunaux civils et Cours d'Appel au Premier Consul, et que le Sénatusconsulte du 16 Thermidor an X retira aux citoyens l'élection directe des juges de paix eux-mêmes, pour ne leur laisser qu'un droit illusoire de présentation. On pourrait invoquer que la tentative a été faite dans une période trop troublée pour qu'elle soit concluante. Il n'en reste pas moins que beaucoup de Français, au début du XXe siècle, et après une expérience de plus d'un siècle, sont devenus plus sceptiques sur les aptitudes de la démocratie à discerner et à choisir les supériorités et les compétences.

Il ne faut d'ailleurs pas s'étonner qu'en Suisse, où la démocratie n'est pas seulement un régime politique accidentel, mais où, produit d'une lente et régulière évolution, elle a pénétré les mœurs et les esprits, le régime électif apparaisse le plus naturel et qu'en l'absence jusqu'à ces dernières années de luttes de classes aiguës, les dangers n'en soient pas encore apparus. Cf. cependant sur les dangers du système électif pour l'indépendance des juges, Fick, *op. cit.*, *passim*.

(1) M. Gmür, qui déclare « préférer un laïque d'esprit lucide à un mauvais juriste », ne verrait pas d'objection à ce que même dans les Cours d'appel et jusqu'au sein du Tribunal Fédéral quelques juges laïques spécialement qualifiés fûssent adjoints aux juges professionnels pour les préserver du danger de perdre le contact avec la vie. M. Martin, s'appuyant sur l'exemple des Tribunaux de Commerce des grandes villes, se déclare également favorable au concours de juges laïques à l'administration de la justice.

L'exemple des Tribunaux français amènerait plutôt à conclure que des magistrats de carrière savent mieux s'élever au-dessus des parti-pris et des rivalités de classes que des juges choisis dans les professions industrielles et commerciales, comme le sont les membres des Conseils de Prud'hommes et des Tribunaux de Commerce. Plus les luttes sociales deviennent aiguës, plus il est nécessaire que les juges prennent, de par leur origine et leur formation même, le caractère d'arbitres indépendants et impartiaux.

qu'un juge laïque, choisi directement par le peuple, mêlé davantage à sa vie, sentira mieux les besoins et les tendances de ses concitoyens qu'un juge professionnel, formé par l'école et par les livres plus peut-être que par la pratique des affaires. Mais la nécessité apparaît de relever le nombre et la qualité des juristes dans les Tribunaux : il semble que dans chaque Tribunal le président tout au moins doive être un juge professionnel, ayant des connaissances juridiques sérieuses. L'article 1er du Code lui-même en fait une nécessité : Quel autre qu'un juriste peut connaître assez la doctrine et la jurisprudence pour s'en inspirer ? Quel autre peut dégager avec quelque sûreté, de la lettre de la loi, son esprit, et l'interpréter sans tomber dans l'arbitraire ?

Il semble aussi que la bonne application du Code devra entraîner peu à peu une certaine unification de l'organisation judiciaire et de la procédure. Les matières où le législateur fédéral peut intervenir sont assez strictement délimitées, et plus d'une fois le peuple, en méfiance contre une centralisation étatiste, a, par le *referendum*, rejeté des projets de réforme qui empiétaient sur la compétence cantonale. La bonne organisation de la justice contribue pourtant de trop près à la sécurité générale, pour que le pouvoir fédéral n'y puisse prétendre à un droit de contrôle : telle institution d'un Tribunal d'équité pouvait suffire à trancher par l'application de coutumes traditionnelles les procès simples et de faible importance d'une petite démocratie rurale, qui serait incapable de trouver l'exacte solution juridique des litiges complexes que suscite la pratique actuelle des affaires. D'autre part, le législateur fédéral a dû unifier les règles essentielles de la preuve, en débordant sur le domaine de la procédure, uniformiser également l'organisation de certains modes de preuve, notamment des principaux registres publics (1) ; d'autres mesures extensives de sa compétence pourront devenir nécessaires, par exemple une réglementation uniforme de la compétence des divers ordres de Tribunaux.

Enfin, pour que le juge ne détourne pas sa mission à celle d'un réformateur social, pour qu'il ne puise pas sa conception du droit dans des doctrines de parti, il sera nécessaire que la nomination des juges soit soustraite à toute influence politique : quand le législateur lui-même aurait souhaité que l'interprétation de ses lois se conformât à l'évolution de l'opinion générale plutôt que de se

---

(1) Cf. pour le registre foncier, le titre XXV du Code ; pour les registres de l'état civil, l'ordonnance du 25 février 1910 ; pour le registre des régimes matrimoniaux, l'ordonnance du 27 septembre 1910 ; pour le registre d'engagement du bétail, l'ordonnance du 25 avril 1911.

reporter à sa propre pensée, l'application du Code civil n'en serait pas moins irrémédiablement compromise, si elle se trouvait passer à des magistrats élus sur un programme négateur de la famille, de la propriété, et de la liberté individuelle. Un peuple peut changer en bloc les bases de sa législation, sauf à subir les conséquences de ses erreurs ; mais, d'un conflit d'idées permanent entre le législateur et le juge, ne peut résulter que le désordre. Le jour où les élections du Corps judiciaire se feraient sur un programme politique, où des juges démagogues se laisseraient entraîner par un « impressionnisme anarchique », il deviendrait nécessaire de chercher dans un autre mode de nomination les garanties d'un bon recrutement des magistrats et d'une impartiale et sereine application des principes du Code.

CHAPITRE V

LE CODE CIVIL SUISSE ET L'ÉVOLUTION LÉGISLATIVE ET DOCTRINALE SUR LE RÔLE DU JUGE

Respectueux de l'esprit et des traditions très particularistes de la Suisse, les rédacteurs du Code civil ne sont pas cependant sans avoir subi l'influence des législations étrangères voisines, sans s'être inspirés des tendances dominantes au début de ce siècle de la philosophie juridique. Il n'est donc pas déplacé, en terminant cette étude, de jeter un rapide coup d'œil sur l'histoire du droit et sur le droit comparé : non pas pour retracer ce qu'a été au cours des siècles et dans les différents pays la mission du juge civil, un volume n'y suffirait pas ; mais pour rechercher brièvement, de quels précédents le Code civil suisse s'est souvenu, quels courants de doctrines ont dicté son orientation; quelques termes de comparaison choisis parmi les plus nets, soit dans le passé, soit dans les législations contemporaines, aideront à le juger ou du moins à le mieux comprendre.

De quelque empreinte profonde que le droit romain ait marqué les législations postérieures, nous ne ferons que rappeler un des premiers et des plus illustres exemples que l'histoire donne du juge élevant peu à peu son rôle, jusqu'à devenir, du fonctionnaire de police ou du simple expert qu'il était d'abord, un ministre souverain d'équité et l'interprète véritable du droit.

Franchissons, sans nous y arrêter davantage, les siècles mérovingiens et carolingiens, où l'affaiblissement du pouvoir légis-

latif, le triomphe de la coutume sur la loi, l'application du statut personnel, le retour à une procédure sommaire et brutale, marquèrent une régression vers la justice trop primitive des races jeunes et encore à demi barbares ; et aussi la période féodale où, revendiqué moins pour lui-même que pour les produits lucratifs qui y étaient attachés, le droit de justice, éparpillé entre les juridictions royale, seigneuriales, ecclésiastiques, municipales, déchiqueté par les immunités, se confondit avec la souveraineté, quand ce n'était pas au début avec la force (1).

Et venons au jour où les parlements furent redevenus les grands administrateurs de la justice, où, dans les parlements, les légistes professionnels eurent repris la prédominance ; où le droit romain eut pénétré à nouveau dans les institutions juridiques et y eut restitué l'image d'un droit rationnel, uniforme, dominé par les préceptes de la bonne foi et de l'équité ; où la rédaction officielle des coutumes leur eut donné plus de précision et d'autorité : ce jour-là, dans l'Etat reconstitué, le pouvoir judiciaire retrouva sa place et put reprendre son œuvre.

Si l'on veut savoir comment les siècles classiques se sont représenté la mission du juge, il faut ouvrir Domat : fermement attaché, de par sa philosophie chrétienne et sa formation romaniste, aux principes du droit naturel, se faisant une haute idée des droits, mais aussi des devoirs du Prince et des magistrats publics, trop pondéré et trop méthodique pour s'accommoder de la confusion et de l'incertitude des règles ou de l'arbitraire du juge, mais

---

(1) Cependant, de cette période, deux institutions au moins méritent un souvenir pour la part qu'elles ont eue au rétablissement d'une notion plus haute et plus sereine de la justice : la justice d'Eglise et la justice du Roi.

Seule autorité morale indiscutée, seul pouvoir législatif resté en activité, maîtresse des esprits par le rayonnement de la doctrine des grands Docteurs théologiques, l'Eglise donne l'exemple de lois plus douces, de procédures plus savantes et plus raisonnables, impose le respect de la personne humaine et de ses droits essentiels, la pitié pour les faibles, subordonne, notamment par sa lutte énergique contre l'usure, la liberté contractuelle aux principes du droit naturel ; longtemps préférée par les justiciables, étendant sa compétence à quelques-unes des plus importantes matières du droit civil, la juridiction ecclésiastique donne aux Tribunaux séculiers le premier modèle d'une justice indépendante, impartiale, respectueuse des formes et des garanties à donner aux justiciables.

La justice du Roi : c'est une justice personnelle et souveraine, fondée sur le caractère sacré de la monarchie, qui fait du roi le grand « debteur de justice » ; justice toute d'équité, qui s'exerce pour la protection des familles françaises, qui renforce ou contrôle suivant les cas l'autorité paternelle et l'autorité maritale ; dont certaines manifestations, comme les lettres de cachet, ne paraissent aujourd'hui d'un arbitraire intolérable que parce que nous en avons oublié l'origine et la vraie nature.

d'esprit trop large pour se plier à une soumission servile au texte de la loi, il veut que le magistrat, instruit et de sens droit, interprète la tradition à la lumière souveraine de la raison, et qu'il impose par son équité le respect de la justice supérieure dont il est le représentant (1). Conception très noble, qui s'accorde bien à l'esprit d'une époque dont l'idéal est de faire régner l'ordre dans une société stable et fortement organisée. Que cette image n'ait pas été seulement le rêve d'un philosophe, et qu'il en ait pu recueillir les traits parmi les représentants des grandes familles de robe de son temps, le souvenir des Lamoignon et des d'Aguesseau en témoigne.

Par ailleurs, une magistrature qui revendiquait le droit de juger de l'équité des lois nouvelles (2) et qui s'était arrogé de longue date, par les arrêts de règlement, celui de légiférer, au moins à titre provisoire et supplétoire, sur des questions non seulement de procédure, mais de pur droit civil, n'était pas d'humeur à se restreindre à une interprétation timide et étroite des textes : en lui interdisant de « dispenser ou modérer les dispositions » des édits et ordonnances, en lui ordonnant d'en demander au souverain l'interprétation, l'ordonnance de 1667 (3) révélait les libertés que prenaient jusque là les Tribunaux, mais elle ne les fit pas disparaître, et plus d'une fois leurs procédés très larges et les libertés qu'ils se permettaient à l'égard de la coutume les fit taxer d'arbitraire.

Par une évolution assez différente, dans l'Empire germanique, le droit romain, sous l'influence dominante des Tribunaux, s'était à partir du XVIe siècle imposé avec une telle force que le *Corpus* y prit pour plus de trois siècles la valeur d'un droit commun subsidiaire, et, en certaines matières comme celle des obligations, y devint la loi unique. Oscar Bülow (4) a vu dans cette évolution, qui aboutit à faire abaisser et rejeter par les Tribunaux leur propre jurisprudence enracinée pour les remettre sous la tutelle de la loi, la manifestation la plus claire de la libre puissance créatrice du juge, en même temps que son dernier triomphe. De

(1) Cf. notamment dans le *Droit public*, le Titre II : *De la puissance des droits et des devoirs de ceux qui ont le gouvernement souverain*, et le Titre IV : *Des devoirs des Officiers de justice* — dans les *Lois civiles dans leur ordre naturel*, le titre I : *des Règles du droit en général*.

(2) Cf. les remontrances du Parlement de Rennes en 1757 citées par Lavisse et Rambaud, *Histoire de France*, IX, première partie, p. 200.

(3) Titre Ier, art. 6 et 7 (Isambert, *Recueil général des anciennes lois françaises*, t. XVIII, p. 106).

(4) *Gesetz und Richteramt*, p. 24.

fait, sans parler de causes plus politiques, telles que la doctrine érigée en système de gouvernement de l'absolutisme d'état, la multiplicité et la faible autorité des Tribunaux et la dépendance où ils étaient des Souverains, la pratique devenue fréquente de demander aux Universités l'interprétation de la loi (1) aboutit à priver les juges de toute influence sur la législation et à maintenir les lois dans une ligne abstraite et immuable (2).

Le droit révolutionnaire, en faisant de la loi l'expression infaillible de la volonté générale, allait restreindre bien davantage les pouvoirs du juge et en transformer le rôle. Toute la philosophie rationaliste du XVIII[e] siècle avait contribué à préparer ce changement. Montesquieu, en dressant contre la souveraineté absolue le principe de la séparation des pouvoirs, et en exigeant que le juge s'inclinât devant la volonté du législateur, réduisait sa mission à la stricte application de la loi : « Plus le Gouvernement approche de la République, plus la manière de juger devient fixe... Dans le Gouvernement républicain, il est de la nature de la constitution que les juges suivent la lettre de la loi. Si les Tribunaux ne doivent pas être fixes, les jugements doivent l'être à un tel point qu'ils ne soient jamais qu'un texte précis de la loi. S'ils étaient une opinion particulière du juge, on vivrait dans la société sans savoir précisément les engagements que l'on y contracte » (3). De son côté, Rousseau, par le principe que toute loi n'est qu'une clause du contrat social, et que toute loi issue des volontés souveraines est par là même juste (4), aboutit lui aussi à faire de la loi l'unique source du droit, à l'isoler de toutes les circonstances historiques qui en ont déterminé la naissance, à enlever au juge toute faculté d'en apprécier l'équité et d'en interpréter largement l'esprit. Tout concorde à faire prévaloir ce système : les physiocrates, convaincus que « la loi dans un peuple éclairé et instruit ne peut vouloir que le bien et ne peut être que conforme au droit naturel » (5) n'admettent pas de contre-poids à l'omni-

---

(1) Cf. Meyer, *Esprit, origine et progrès des institutions judiciaires dans les principaux pays de l'Europe*, 1829, t. IV, p. 314 à 350.

(2) Sur la confusion des pouvoirs administratif et judiciaire, qui, aux Pays-Bas, caractérisa le régime d'oligarchie communale auquel aboutirent les luttes d'indépendance, et par suite sur les tendances des juges à s'inspirer, en jugeant les affaires particulières, de considérations générales, et à se laisser guider par des raisons qui n'auraient dû influencer que le législateur, Cf. *eod. loc.*, t. III, spécialement p. 383 et s.

(3) *Esprit des Lois*, l. VI, chapitre III, et l. XI, chap. VI.

(4) « Le souverain, dit Rousseau, par cela seul qu'il est, est toujours ce qu'il doit être » (*Contrat Social*, l. I, chap. VII).

(5) Rambaud : *Histoire des doctrines économiques*, 3[e] Ed., p. 204.

potence du législateur et préconisent « le despotisme légal » (1). Et la philosophie encyclopédique, où l'esprit classique se dessèche et se stérilise en pure idéologie, « construit la société qui doit être, au lieu de regarder la société qui est » (2). Que parler encore de coutumes, de formation progressive du droit ? La raison doit suffire à édifier un système législatif naturel, parfait et immuable, et le magistrat qui l'interprète se bornera à l'appliquer, par des déductions abstraites et presque mathématiques, aux espèces à juger.

Le législateur révolutionnaire entreprend sans tarder de faire passer ces doctrines dans les institutions nouvelles. C'est d'abord le système de l'interprétation législative, introduit par le décret des 16-24 août 1790, sous prétexte de sauvegarder le principe de la séparation des pouvoirs : le référé législatif ne vise à rien moins qu'à retirer aux Tribunaux le droit d'interpréter la loi, lorsqu'une incertitude grave s'élève sur son sens ou sa portée (3).

C'est, d'autre part, la création, à côté et sous le contrôle de l'Assemblée législative, d'un Tribunal de cassation, dont la mission essentielle est de défendre l'intégrité de la loi contre les sollicitations du pouvoir judiciaire ; car, dans l'esprit de la Constituante, le Tribunal de cassation reste à part et en dehors de l'ordre judiciaire, et son rôle se bornera à casser « les contraventions expresses au texte de la loi », sans connaître du fond des affaires, ce qui lui ôte toute possibilité de se faire même une jurisprudence (4).

Enfin la philosophie révolutionnaire ne connaît plus que des

---

(1) Le mot est de Mercier de la Rivière. D'ailleurs les physiocrates en sont pour réduire la législation positive au minimum, le rôle de l'Etat se réduisant à « laisser agir la nature des choses », car tout homme raisonnable n'a qu'à se conformer à l'évidence de l'Ordre naturel. Avec une pareille conception, le rôle du législateur et du juge ne serait que de constater, non de créer le droit (Cf. Gide : *Histoire des doctrines économiques*, 1909, p. 37 et s.).

(2) Taine : *Les origines de la France contemporaine*, t. I. p. 317.

(3) Tendance qui rentrait bien dans l'esprit de l'époque, puisque, au même moment presque, le juge autrichien voyait limiter ses pouvoirs d'interprétation par le Code de Joseph II (I, § 24), et qu'en Prusse il était prescrit de renvoyer à la Commission des lois les doutes invincibles sur le sens de la loi (*Allgemeines Landrecht, Einleitung*, § 47-48, de 1794).

(4) Avec sa rigoureuse logique, Robespierre poussait à l'extrême la pensée des Constituants, lorsqu'il disait à l'Assemblée : « Ce mot de jurisprudence des tribunaux, dans l'acception qu'il avait dans l'ancien régime, ne signifie plus rien dans le nouveau, il doit être effacé de notre langue. Dans un Etat qui a une constitution, une législation, la jurisprudence des tribunaux n'est autre chose que la loi ; alors il y a toujours identité de jurisprudence.... » (*Archives parlementaires*, 1re Série, t. XX, p. 516).

individus libres et égaux : le législateur va donc abolir tout ce qui faisait entrave à la liberté contractuelle des individus, lois contre l'usure, règlements corporatifs, retraits, substitutions, rescision pour lésion, et il interdit au juge de corriger les conventions sous prétexte d'y assurer une égalité et une justice, que les lois naturelles de la libre concurrence et de l'offre et de la demande suffisent à y faire régner (1).

Ces excès mêmes devaient provoquer une réaction, et le Code civil, s'il porte encore la trace de tendances contradictoires, n'en témoigne pas moins d'un retour aux conceptions traditionnelles du droit. Les rédacteurs du Code ont perdu l'illusion que la loi puisse être sans lacunes. Ils reconnaissent qu' « une foule de choses sont nécessairement abandonnées à l'empire de l'usage, à la discussion des hommes instruits, à l'arbitrage des juges » ; ils accordent que « c'est au magistrat et au jurisconsulte pénétrés de l'esprit général des lois à en diriger l'application ». Ils admettent même que le juge puisse « n'être dirigé par rien de ce qui est établi ou connu, quand il s'agit d'un fait absolument nouveau », et, rompant avec la philosophie rationaliste de la Révolution, ils ordonnent au juge de remonter « aux principes du droit naturel » (2). Et de là Portalis déduit, non seulement la légitimité, mais la nécessité de la doctrine et d'une jurisprudence qui enlèvent, loin de le provoquer, à l'application de la loi le risque d'instabilité et d'arbitraire (3).

D'autre part, le Code réintroduit la notion de l'équité tempérant la rigueur du droit ; par l'article 6, il subordonne la validité des conventions particulières à l'observation des lois d'ordre public et au respect des bonnes mœurs, conditions imprécises dont une interprétation audacieuse peut beaucoup tirer ; dans une mesure faible d'ailleurs, il réprime la lésion excessive ; il sacrifie parfois, avec une hardiesse que des législateurs modernes n'ont osé pousser au même point, le respect même du droit à la sécurité des relations d'affaires et aux nécessités du crédit (4) ; par l'imprécision avec

(1) Pour le développement de ces idées, cf. Gounot, *op. cit.*, p. 40 à 45, 416 à 418.

(2) Portalis, *Discours préliminaire* (Fenet, t. I., p. 469 à 476).

(3) Portalis, *id.*, p. 472 : « Il est trop heureux qu'il y ait des recueils et une tradition suivie d'usages, de maximes et de règles, pour que l'on soit en quelque sorte nécessité à juger aujourd'hui comme on a jugé hier, et qu'il n'y ait d'autres variations dans les jugements publics que celles qui sont amenées par le progrès des lumières et par la force des circonstances. »

(4) Tel par exemple le principe de l'article 2279 : « En fait de meubles, possession vaut titre. »

laquelle il formule certaines règles, il laisse au juge, s'il en veut user, les plus larges pouvoirs (1).

Ce rôle considérable laissé au juge par le Code civil est resté en France assez longtemps méconnu (2) : c'est que, lorsqu'il s'est agi d'en faire l'application, les doctrines révolutionnaires qui gouvernaient encore beaucoup d'esprits, les principes du droit public très méfiants à l'égard du pouvoir judiciaire, et l'autorité même du Code, ont fait adopter à son égard, par les juges comme par ses premiers interprètes, des procédés d'interprétation plus étroits que ne le souhaitaient ses rédacteurs eux-mêmes : les tribunaux français se sont ingéniés, par des combinaisons de textes, par des déductions rigoureuses ou subtiles, à trouver dans la loi même une solution à toutes les espèces, à invoquer l'intention du législateur là même où elle restait douteuse ou faisait défaut (3).

Mais, sous une soumission apparente à la loi qui couvrait leur audace, les Tribunaux français, obligés de tenir compte des réalités et des besoins nouveaux, influencés par les arguments ingénieux des avocats, par l'imprévu des cas concrets, ont peu à peu ressaisi leur liberté d'interprétation.

Il n'est pas nécessaire de retracer ici en détail quelle a été en France, au cours du XIXe siècle, la part considérable prise par les tribunaux dans la mise en œuvre de la loi : comment des institutions juridiques nouvelles n'ont reçu leur consécration première que de la jurisprudence, et, construites de toutes pièces par elle,

---

(1) Du seul article 1382, dont à la fin du siècle un juriste socialiste a dit : « avec lui, on peut faire la révolution sociale », la jurisprudence devait tirer, entre autres applications extensives, une correction à la prohibition trop absolue de la recherche de paternité, des restrictions à l'exercice du droit de propriété et aux excès de la libre concurrence, et finalement fonder sur lui le principe même de l'abus du droit, dont d'ailleurs Portalis même admettait quelques conséquences (*Locré*, IV, p. 60, XIV, p. 76 et 161 et s.).

(2) Saleilles : *le Code civil et la méthode historique, Livre du Centenaire*, I, p. 100 et s.

(3) Dans l'interprétation des actes privés, les mêmes méthodes étroites devaient, au début, prévaloir. De la place assez large que le législateur maintenait à la bonne foi, les Tribunaux semblèrent peu se souvenir, et ils firent un assez faible usage des articles 1134 § 3 et 1135, considérés comme des déclarations de principe, plus, semble-t-il, que comme des règles impératives (Cf. Dereux, *Interprétation des actes juridiques privés*, p. 416 et 468. Fortier : *des Pouvoirs du juge en matière de contrat d'adhésion*. p. 21 à 54). De même la Cour de Cassation se refusa à utiliser l'art. 6. pour annuler les clauses usuraires du contrat de travail (Cass. 20 déc. 1852, S. 53, 1, 101).

sont restées longtemps régies par ses seules règles (1). Il ne manque même pas d'exemples où, sous l'apparence d'une pure interprétation de la loi, la Cour de Cassation a maintenu contre elle des traditions coutumières dont la pratique souhaitait le maintien, ou fait prévaloir des solutions nouvelles manifestement contraires aux intentions du législateur : légitimation des enfants incestueux malgré les termes formels de l'art. 331 C. civ., inaliénabilité de la dot mobilière, prohibition des substitutions tournée par l'admission du double legs conditionnel subordonné au décès d'un premier bénéficiaire, limitation de l'insaisissabilité des rentes sur l'Etat, obligations des légataires universels, annulation de la portée pratique de l'article 900 C. civ. par la théorie de la cause impulsive, etc...

Comme le remarque M. Gény qui, d'ailleurs, condamne le principe d'une pareille méthode, « pour concilier ces décisions, se donnant toutes comme de pures interprétations de la loi, avec le respect dû à celle-ci, il faut entendre que, dans la pensée de la Cour suprême, le texte légal devient un instrument de mise en œuvre juridique, qui vaut bien moins par la volonté dont il émane que par son contenu, envisagé en lui-même, et estimé suivant les ressources qu'il est susceptible de fournir à l'interprète » (2). Si c'est en effet, nous l'avons vu, la pensée vers laquelle ont incliné les rédacteurs du Code civil suisse, il est beaucoup plus douteux que la Cour de Cassation, au moins dans les débuts de l'application du Code Napoléon, se soit inspirée délibérément d'une théorie tout à fait contraire aux doctrines juridiques de l'époque ; que les exigences de la vie aient été les plus fortes, et que, ne se reconnaissant pas le droit d'imposer une solution qui ne s'appuyât pas sur un texte légal, la Cour de Cassation en soit venue à violenter les textes pour en tirer ce qu'elle savait n'y pas avoir été mis par le législateur, c'est la preuve qu'il est vain de réduire arbitrairement les pouvoirs du juge, et qu'à moins d'abdiquer sa mission, il est forcé par une voie ou par l'autre de combler les lacunes du droit positif.

Cette extension de son rôle que les nécessités pratiques lui imposaient, des doctrines nouvelles n'allaient d'ailleurs pas tarder à la préconiser et à la justifier. C'est d'abord l'Ecole historique qui réagit contre le dogme de la souveraineté de la loi : la loi ne crée

---

(1) Assurances sur la vie, indemnité à la mère séduite, liquidation judiciaire, etc.. (Cf. Jean Cruet, *la Vie du Droit et l'impuissance des lois*, Paris, 1908, p. 60 et s.).

(2) Gény, *op. cit.*, § 97, t. I, p. 260.

plus le droit, elle ne fait que le consacrer ; le droit se crée par voie de génération coutumière, dans les couches profondes du peuple, il est le « produit des forces intérieures et silencieuses » (1). Un tel point de départ mène à attribuer au juge et à la procédure un rôle considérable dans l'élaboration du droit ; Ihering notamment s'est appliqué à mettre en relief ce rôle créateur : « Nulle part la loi à elle toute seule ne crée un droit subjectif, un droit individuel, dont les citoyens puissent s'emparer pour le faire valoir en justice. Pour que les citoyens aient à faire valoir un droit en justice, il faut que le rituel judiciaire leur fournisse une action, un moyen d'une procédure dans lequel leur droit puisse s'encadrer. Et l'action, c'est le juge qui la donne. Ce n'est pas le droit qui crée l'action. C'est l'action qui crée le droit. » Mais ce n'est pas assez de dire que seule l'intervention du juge donne une sanction aux droits individuels et en fait une réalité ; c'est lui qui donne à la règle de droit sa vraie formule et qui la modifie suivant les nécessités sociales (2).

Théorie incomplète cependant et un peu contradictoire, parce qu'en réalité ce juge, qui dit le droit, ne fait que constater ce qui est, et qu'en lui interdisant de rechercher si les règles qu'il applique sont rationnelles ou non, équitables ou non, on lui retire l'essentiel même de sa mission (3). De nouvelles conceptions se font jour qui cherchent à combler les lacunes de l'Ecole historique, mais qui toutes en arrivent à associer le juge à la recherche et à la promulgation du droit.

En Allemagne, c'est par exemple Stammler qui, traitant de romantique la thèse que la conviction populaire constitue le droit ou tout au moins le devient quand elle est promulguée par le législateur ou la coutume (4), cherche à rétablir la notion de

---

(1) Savigny : *Traité de droit romain*, p. 8. Cf. Saleilles, *l'Origine du Droit et du Devoir* (Revue de philosophie, août 1909, p. 140 et s.). *Ecole historique et Droit naturel.* (*Revue trim. de droit civil*, 1902, p. 80 à 112).

(2) Cf. Bülow, *Gesetz und Richteramt*, p. 35 et s., 47 et s.

(3) L'Ecole historique, de Savigny à Ihering, a systématiquement combattu « ce qu'on appelait la chimère d'un droit naturel, fondé sur la raison, ou encore sur ce qu'il y a de permanent et d'immuable dans la nature de l'homme, objet et sujet du droit », et ainsi elle a abouti « à l'empirisme pratique le plus décevant et le plus troublant pour les consciences ». D'autre part, « ce retour presque mystique aux vieilles curiosités coutumières du droit », et sa conviction que le droit se constate, mais ne se crée pas, que la science est sans action sur son développement, l'ont finalement conduite à un «esprit d'immobilisation et d'attachement au passé » qui stérilisa la méthode dont ses principes indiquaient l'emploi (pour la critique de l'Ecole historique, cf. notamment Saleilles, *le Code civil et la Méthode historique*, *Livre du Centenaire*, I, p. 99)

(4) *Die Lehre von dem richtigen Recht*, p. 149 et s.

finalité, à instaurer celle du « droit juste » (1), et qui demande au juge, de par son pouvoir de libre appréciation, de donner de l'équité, de la bonne foi, une définition conforme à l'idéal social de son siècle. C'est Ehrlich, associant la libre recherche du juge à celle du savant pour l'adaptation progressive du droit, prouvant qu'elle n'offre pas plus de risques d'arbitraire que les procédés étroits de l'interprétation analogique (2), remettant en lumière l'influence des qualités personnelles du juge, et dénonçant l'erreur d'en atrophier l'individualité. Et nous ne parlons pas des promoteurs de la théorie du « droit libre », qui se dit antidogmatique, évolutionniste, et, à force de vouloir émanciper le juge de la loi, fait dépendre de sa « culture » tout le progrès juridique : conception anarchique, outrée et contradictoire dans ses termes mêmes, et qui ne pouvait éclore que dans des cerveaux germaniques (3).

En France, M. Gény, après une vigoureuse critique des méthodes juridiques traditionnelles, établit la nécessité de la libre recherche scientifique et revendique pour le juge le droit de se référer directement, sans recourir à des fictions inutiles, aux principes de raison et d'équité qui dominent tout l'ordre juridique. Pour M. Saleilles, le juge moderne juge au nom de la collectivité elle-même et son rôle ne va à rien moins qu'à « dégager l'idéal de justice pratique qui réside au fond de la conscience du peuple » (4), et à « orienter l'adaptation et l'évolution organiques de la loi elle-même dans les sens des nécessités juridiques et sociales, qui s'imposent à la conscience collective du pays » (5). M. Demogue s'attaque à la conception simpliste, qu'il estime tirée du droit romain, du magistrat chargé simplement de constater des droits, arrivés en quelque sorte à leur pleine maturité, et d'en déduire des conséquences : au lieu d'un juge « mesureur du droit », il veut « un administrateur temporaire, mais non pas forcément pour un instant, d'intérêts qui par le jeu des activités privées n'ont pu recevoir satisfaction », et il lui donne qualité « pour travailler avec de larges pouvoirs à l'intérêt collectif, tout en cherchant à concilier ce pouvoir avec la sécurité » (6).

Mais ce n'est pas seulement la conception abstraite que les

---

(1) Id., *passim*. Cf. Saleilles, *op. cit.*, p. 92 à 99.

(2) Ehrlich, *Freie Rechtsfindung und Freie Rechtswissenschaft*, p. 20 s.

(3) Cf. Gnaüs Flavius, *Der Kampf um Die Rechtswissenschaft*, 1906.

Sur le mouvement du « *Freies Recht* », voir spécialement Gény, *op. cit.*, t. II, épilogue, ch. IV, p. 330 et s.

(4) *De la Déclaration de Volonté*, page 288.

(5) *Ecole historique et Droit naturel* (*Revue trim.*, 1902, p. 102).

(6) *Notions fondamentales de droit privé*, 2e partie, II, chap. VII, p. 535 à 538.

doctrines juridiques récentes ont répandue du droit et de la loi, qui modifie par conséquence indirecte la mission attribuée au juge ; la réaction qui, sur bien des points, s'est produite contre les principes de l'école rationaliste et individualiste a agi dans le même sens. En mettant le contrat à la base du droit privé comme du droit public, l'école individualiste affirmait que tout engagement librement voulu est juste, et que nul ne doit être obligé qu'il ne l'ait voulu : le juge n'avait plus d'autre rôle que de rechercher et de faire respecter la volonté des parties et, si elle ne s'était pas manifestée, de la présumer, pour que ce fût elle encore qui réglât les rapports juridiques. Il n'est pas besoin de reprendre par le détail les critiques qui ont été faites du dogme de l'autonomie de la volonté (1) et les démentis que les faits lui ont apportés : du jour où la présomption de justice sur laquelle se fondait la liberté des conventions a été démentie par l'inégalité où, dans trop de contrats de la vie courante, les parties se trouvaient à l'égard l'une de l'autre, par les exemples nombreux de lésion usuraire qui en étaient la conséquence, il a bien fallu assurer de façon plus efficace le contrôle des conventions.

Sans parler des lois récentes répressives des clauses léonines dans le contrat de travail, qui toutes abandonnent au juge l'appréciation de l'exploitation abusive, des lois plus générales contre l'usure qui substituent ce même principe aux anciennes limitations du taux de l'intérêt, la guerre, avec le bouleversement économique qui en a été la conséquence, a rendu nécessaire la révision d'une foule de contrats, et, devant l'impossibilité de résoudre par les règles générales toutes les situations particulières, le législateur a donné le plus souvent pleins pouvoirs au juge pour prononcer les annulations de contrats ou corriger les conventions antérieures, dans la mesure où l'exigerait l'équité (2).

---

(1) Cf. Gounot, *op. cit.*, principalement chapitre V : *Réfutation générale de la doctrine de l'autonomie.*

(2) Loi Faillot du 21 janvier 1918, qui permet au juge de prononcer la résolution ou la suspension de l'exécution des marchés à livrer et autres contrats commerciaux conclus avant la guerre, « s'il est établi qu'à raison de l'état de guerre l'exécution des obligations de l'un des contractants entraînera des charges ou lui causera un préjudice dont l'importance dépasserait de beaucoup les prévisions qui pouvaient être raisonnablement faites à l'époque de la convention. »

Loi du 9 mars 1918 sur les baux à loyer, donnant pleins pouvoirs aux Commissions arbitrales qu'elle institue. Cf. notamment l'art. 9 : « La résiliation du bail pourra être prononcée, avec ou sans indemnité, sur la demande du locataire qui justifiera que la guerre a modifié sa situation dans des conditions telles qu'il est évident que dans sa situation nouvelle il n'aurait pas contracté. »

En effet, si le législateur multiplie, avec un succès d'ordinaire médiocre, les lois interventionnistes et impératives (1), sous prétexte de faire triompher une plus exacte « justice sociale », en sens inverse et en même temps on assiste à son abdication progressive devant le juge et le fonctionnaire : la complexité des institutions modernes, la rapidité d'une évolution qui devance constamment la loi, l'obligent, lui si jaloux de ses droits, à passer peu à peu la main à l'administration ou aux tribunaux. A mesure même que l'Etat étend ses attributions et que le législateur veut intervenir dans des matières autrefois abandonnées aux conventions individuelles ou aux règlements corporatifs, il se sent plus incapable d'embrasser et de régler tant de détails : il prend l'habitude, ou de se décharger sur le pouvoir administratif du soin de rendre applicables, par un règlement d'administration publique, les principes dont à peine il sait donner encore dans la loi une définition claire et cohérente ; ou de laisser aux tribunaux la mission de fixer la portée d'un texte dont, en le votant, il s'abstient volontairement de préciser le sens (2).

---

(1) On ne compte plus les lois récentes dont le dispositif se termine par la formule : « Toute stipulation contraire est nulle » (Cf. les exemples donnés par Gounot, *op. cit.*, p. 434). Toute une école d'ailleurs, en dehors même des socialistes, continue d'estimer que seule la loi a assez d'autorité pour faire triompher les nouvelles tendances sociales de l'Etat moderne. Cf. par exemple M. Gény : « Rien ne prouve qu'un code à mailles lâches et souples soit plus apte à assurer la « socialisation » du droit qu'une législation autoritaire et réglementariste. Tout dépend de la confiance que l'on accorderait à ceux qui sont chargés d'appliquer les lois sociales, particulièrement au juge. Et si l'on estime, avec nombre d'interventionnistes, que le pouvoir législatif est seul assez indépendant des préjugés anciens en même temps qu'assez fort pour réagir efficacement contre les excès de l'individualisme traditionnel, il doit en résulter que plus ses prescriptions seront serrées, étroites, inéluctables, (par exemple en ce qui touche la protection des travailleurs) mieux se réalisera la socialisation désirable » (*Livre du Centenaire*, t. II, p. 1032).

Mais la thèse contraire est soutenue avec non moins de vigueur : « Après un siècle de réglementation législative, aussi minutieuse que possible, fondée tout entière sur la défiance du prétendu arbitraire du juge, il a bien fallu reconnaître que l'arbitraire de la réglementation légale, de la prévoyance légale, de la formule tatillonne de la loi, telle qu'elle a de plus en plus nos préférences certaines, est autrement redoutable que la libre et féconde appréciation du juge, dans les limites, à la fois très larges et très précises, que lui trace l'évolution des mœurs et des usages. Le juge est l'interprète de la coutume dans le domaine du droit; il est le régulateur des intérêts privés des parties en cause... » (Saleilles, au sujet de la réglementation du contrat de travail par le Code civil allemand. *Bull. de la Société de législation comparée*, 1901, p. 240).

(2) De cette dernière pratique, un des exemples les plus nets a été donné par la loi française du 27 décembre 1890, complétant l'article 1780 du Code

D'autre part, dans le contrôle des conventions, les tribunaux français se montrent d'eux-mêmes plus difficiles à admettre le motif, qui n'est trop souvent qu'une fiction, que des clauses dérogatoires au droit commun ont été convenues et librement acceptées par les parties (1) ; ils s'attribuent le droit de vérifier de plus près et de réviser, lorsqu'ils les trouvent excessifs, les salaires des mandataires, les honoraires des médecins, voire les factures des fournisseurs, et, d'une manière générale, de réduire toutes les obligations excessives (2). Ils recourent plus fréquemment aux motifs tirés de l'abus de droit (3). Il faut se garder d'ailleurs de voir encore les preuves d'une évolution générale dans ces tentatives, où les circonstances de la cause pèsent souvent plus sur l'esprit du juge que des principes arrêtés, et qui ne sont pas admises sans résistances ni sans fluctuations. Moins audacieux que la juridiction administrative, les tribunaux civils se sont par exemple refusés jusqu'ici à voir dans la guerre un cas de force majeure et à réviser au nom de l'équité les conventions qu'elle affectait, lorsqu'elle n'entraînait pas une impossibilité absolue d'exécuter (4). La Cour de Cassation, peut-être parce qu'elle a moins à tenir compte que les juridictions inférieures des éléments de fait dans les procès, maintient assez strictement le principe de la liberté des conventions : dans les contrats d'adhésion, même

---

civil, pour déclarer que la résiliation du louage de services à durée illimitée pourrait donner lieu à des dommages-intérêts, mais laissant à la jurisprudence à fixer quand et pour quelles causes des dommages-intérêts pourraient être dus, et même si la preuve de la faute continuerait toujours à être exigée.

(1) En ce qui concerne les clauses des règlements d'atelier : Cass. 16 juillet 1906, D. P., 06, I, 504. Trib. Seine, 9 juin 1905, *S.*, 06, 2, 252.

(2) Cf. la thèse de M. Jean Perrin, *La réductibilité des obligations excessives*, th. Paris, 1905, et la jurisprudence abondante qu'il cite notamment, p. 132 et s. Cf. aussi de Tarde, *l'Idée du juste prix*, th. Paris, 1906, p. 256 : « Le prix qui fut débattu entre Esaü et Jacob, quoique les deux parties aient évalué librement leur apport dans l'échange et l'aient déclaré équivalent, choque aujourd'hui notre délicatesse. A l'opposé de la conception des Economistes, celle de Saint-Thomas et celle des trade-unionistes anglais demandent le *fair wage* (salaire loyal), *le living wage* (salaire vital). C'est de ce côté là que penche la conscience moderne. La justice a évolué; elle ne se fonde plus sur une équivalence arbitraire laissée à l'appréciation des parties, mais sur une équivalence de mérite et de travail. »

(3) Cf. notamment les arrêts rendus en matière d'abus du droit de propriété, d'abus du droit d'ester en justice. d'abus du droit de dénonciation, cités par Ripert, *Revue critique*, 1912, p. 211 à 212, et 1914, p. 222 à 228.

(4) Cf. les arrêts cités ci-dessus, Chap. II, Section I, p. 41, note 1.

là où l'égalité contractuelle paraît douteuse, elle s'en tient en général à l'application de l'article 1.134 C. civ. (1). Malgré tout, la tendance nouvelle s'étend (2), et, revenant de l'idée qu'un contrat est par lui-même et toujours respectable, les Tribunaux se préoccupent davantage de savoir s'il est juste.

Il n'est pas jusqu'au socialisme qui, partant de la thèse que la société actuelle est fondée sur l'injustice et sur la violence, ne tende en même temps qu'à faire de l'Etat le répartiteur de tous les biens, à charger provisoirement le juge de corriger toutes les inégalités sociales : le mépris de la foi contractuelle qui caractérise la doctrine et la politique socialistes, les exemples que donne l'Etat lui-même de la violation de ses engagements, des atteintes renouvelées, au nom d'une soi-disant justice sociale, au droit de propriété, le double principe, en apparence seulement contradictoire, que la loi est souveraine et ne saurait être discutée par les justiciables, mais que le législateur peut changer la loi comme bon lui semble, toutes ces emprises du socialisme contribuent à rendre l'opinion publique favorable ou indulgente à la saisie par le juge d'un pouvoir de contrôle illimité, même s'il s'en sert pour prendre parti dans la lutte de classes (3).

Une évolution parallèle à celle qui entraîne le droit civil pourrait se relever dans le droit pénal, où l'introduction des circonstances atténuantes et du sursis, une marge plus large entre le maximum et le minimum du tarif légal permettent de plus en plus

---

(1) Cf. Cass. 16 mars 1903, *D. P.*, 03, 1, 127. Cass. 10 nov. 1891, S., 91, 1, 529, et Fortier, *op. cit.*, p. 21 à 54.

(2) La doctrine en tout cas y incline de plus en plus : « Les juristes veulent pouvoir dire : cela est juste, parce que cela a été voulu. Il faut désormais que l'on dise : Cela doit être voulu, parce que cela est juste ». (Saleilles, *De la Déclaration de Volonté*, p. 351). « Le contrat n'est pas une chose respectable en elle-même, parce qu'elle est un accord de volontés. On reviendra du fétichisme de la volonté individuelle qui a encombré le droit civil au XIXe siècle. Le contrat est respectable en fonction de la solidarité humaine. Une convention, qui ne peut plus aboutir qu'à des conséquences en contradiction certaine avec l'intérêt général, cesse telle qu'elle est de mériter une force obligatoire » (Demogue, *Revue trim.*, 1907, p. 246). Cf. aussi A. Tissier, *le Code civil et les classes ouvrières*, *Livre du Centenaire*, I, p. 91 et s.

(3) Tel » bon juge » eut naguère en France une popularité éphémère dans les milieux avancés pour la hardiesse avec laquelle il entendait et pratiquait son rôle de ministre d'équité. Sur le « phénomène Magnaud », cf. Gény, *op. cit.*, t. II, épilogue, ch. II., p. 287 et s.. Cf. aussi sur le rôle du juge arbitre de la paix sociale et réformateur, Emmanuel Lévy, *l'Exercice du droit collectif* (*Revue trim.* 1903, p. 103 et s.) et sur l'adaptation de notre droit au programme socialiste, Hitier, *le Socialisme juridique* (*Revue d'Economie politique*, 1906, p. 209 et s.).

au juge d'individualiser la peine et de tenir compte de toutes les circonstances. Et nous ne parlons pas de la justice administrative, notamment de la jurisprudence du Conseil d'Etat, que l'on a pu définir « un droit d'équité fait par le juge » ; livré à l'origine à son propre arbitraire, le juge administratif s'est peu à peu lié par des règles stables et précises, qu'il avait lui-même définies; en s'inspirant de la seule équité, il a créé un droit supérieur sur certains points au droit commun, et il en a étendu le domaine, en consacrant des situations juridiques nouvelles dont il définissait progressivement le statut (1).

Cette évolution doctrinale et les leçons de la pratique ont eu leur répercussion sur les législations récentes et spécialement sur la plus importante des grandes codifications modernes, le Code civil allemand. Il est vrai que cette œuvre touffue, où se combinent des tendances assez divergentes, et dans laquelle le résultat pratique des innovations n'est peut-être pas toujours en rapport avec la rigueur apparente des principes, est assez difficile à résumer, et les Commentateurs, suivant le point de vue auquel ils se plaçaient, en ont déduit des conclusions quelque peu contradictoires. Il n'est pourtant pas douteux qu'elle consacre une conception élargie des pouvoirs et de la mission du juge.

La reconnaissance implicite de la coutume associe le juge à l'élaboration, si réduite reste-t-elle d'ailleurs, de ce droit coutumier. La suppression de toute disposition liant le juge à des procédés déterminés d'interprétation (2) signifie que l'interprétation ne doit plus se réduire pour le juge à rechercher la volonté du législateur : « la loi née de la vie étant faite pour servir à la vie et pour dominer la vie » (3), le juge doit se préoccuper de l'adapter aux exigences sociales du présent, la maintenir en accord avec l'orientation générale du droit et des relations sociales, en faire « un instrument d'évolution, non d'immobilisation » (4).

Mais c'est surtout dans l'interprétation des actes juridiques privés que le Code civil allemand confie au juge un pouvoir de contrôle étendu. A première vue, non seulement il consacre la

---

(1) Concessionnaire du domaine public, fonctionnaire, assisté, etc.. Sur ces points, cf. Hauriou, *Précis de droit administratif*, 8e éd., p. 100 à 104.

(2) Saleilles, *Introduction à l'étude du droit civil allemand*, p. 90 à 93.

(3) Hölder, *Allgemeiner Teil des B. G. B.*, p. 18 et s. (cité par M. Saleilles).

(4) Saleilles, *op. cit.*, p. 98 à 102. Cf. aussi Meynial, *la Déclaration de volonté* (*Rev. trim.*, 1902, p. 569) qui, peu favorable dans l'ensemble à ces conceptions nouvelles, admet cependant que l'interprète est l'intermédiaire naturel et nécessaire de la transformation incessante de la loi, et que seul il en peut assurer le progrès régulier.

liberté des conventions, mais il laisse aux individus eux-mêmes le droit de fixer par leurs conventions certaines conséquences de leurs rapports juridiques jusque là réglées par la loi elle-même ou par le juge (1) ; mais s'il est vrai que tout effet juridique n'a de valeur qu'en vertu de la loi, et que l'individu ne tire son pouvoir que d'une délégation au moins implicite de la loi, la volonté et la liberté individuelles se trouvent réduites à peu de chose, et il est naturel que le juge exerce sur elles un contrôle constant. D'autre part, des principes abstraits de la théorie de la déclaration, il résulte que, pour le juge, il s'agit moins « de réaliser la volonté du déclarant que de sauvegarder les espérances ou les droits que sa déclaration a pu faire concevoir aux autres ou faire naître à leur profit » (2) : qu'est-ce à dire, sinon que la sécurité du crédit exige que le déclarant supporte la responsabilité de sa déclaration, même si elle ne correspond pas à sa volonté réelle, et que, dût-il imposer à l'individu ce qu'il n'avait pas voulu, le juge doit faire passer en premier lieu l'intérêt légitime des tiers ?

De même que la loi, dans ses règles dispositives ou subsidiaires, ne se préoccupe pas de traduire la volonté réelle des parties, mais leur dicte la solution qui lui paraît la plus conforme à son esprit et à l'équité, de même le juge, quand des effets accessoires du contrat sont laissés à sa libre disposition, « ne prétend pas davantage appliquer une solution qui réponde à la volonté vraie des parties, puisque par hypothèse cette volonté reste incertaine, mais qui réponde à ce qu'aurait dû être cette volonté contractuelle, en la supposant conforme aux exigences de la justice sociale » (3).

Et, en effet, quand on descend dans le détail des règles du Code, c'est bien ce qui en ressort, et les cas sont nombreux où le juge reçoit le droit, soit de restreindre l'exercice des droits individuels, soit de modifier un contrat. Nous avons déjà vu, en comparant ces dispositions avec les dispositions analogues du Code civil

---

(1) Une déclaration de compensation remplace la compensation légale ; une déclaration d'annulation se substitue pour certains actes à l'annulation judiciaire; les délais légaux fixes sont fréquemment remplacés par un délai à fixer raisonnablement par les parties suivant les circonstances (Saleilles, *op. cit.*, p. 45).

(2) Meynial, *Rev. trim.*, 1902, p. 553.

(3) Saleilles, *op. cit.*, p. 11. Cf. comme exemple de cette tendance les paragraphes 140, 311, 317, 319. L'article 2 du C. C. suisse s'inspire pour l'interprétation des conventions d'une conception étroitement apparentée à celle du Code c. all. qui exige que le juge, pour fixer dans quelle mesure il faut tenir compte de la volonté de chacun des déclarants, ait égard à l'équité et aux usages admis en affaires (§ 157).

suisse, que le Code civil allemand pose le principe de l'abus de droit (§ 226) caractérisé par l'intention exclusive de nuire ; qu'il vise la répression de la lésion usuraire, entendue au sens très large d'une exploitation de la détresse, de la légèreté ou de l'inexpérience du cocontractant, condamnée par les bonnes mœurs et aboutissant à une disproportion manifeste des prestations réciproques (§ 138) ; qu'il donne au juge des pouvoirs étendus pour modérer les clauses pénales excessives (§ 343). La même tendance de soumettre les conventions privées au contrôle du juge pour qu'il y fasse prévaloir l'équité se rencontre dans la réglementation du contrat de travail (1). Signalons aussi l'intervention fréquente du juge dans les conflits domestiques (notamment § 1353 à 1361) et les pouvoirs très étendus des tribunaux des tutelles.

Ainsi, en abandonnant au juge, pour lui permettre d'adapter plus exactement la règle juridique aux circonstances de la cause, des solutions jusque là imposées par une disposition impérative de la loi, le Code civil allemand constitue, comme l'a marqué M. Saleilles, « un premier essai d'individualisation judiciaire du droit dans le domaine de la législation civile », et, en lui prescrivant de compléter, et parfois d'infléchir et de corriger les conventions privées dans le sens que lui paraissent commander l'intérêt général et la conscience collective, il représente « une première tentative faite dans le sens de la socialisation du droit, en face de l'individualisme juridique encore prépondérant » (2).

« Individualisation du droit », « socialisation du droit », ce sont de grands mots, et un peu lourds, mais qui sont peut-être les plus propres à traduire l'esprit méthodique et dogmatique des rédacteurs du Code civil allemand : il resterait à savoir si, à charger le juge de faire triompher l'équité et la loyauté dans tous les rapports sociaux, l'initiative et la responsabilité de l'individu n'en subiront pas une grave atteinte, et si l'on ne pousse pas le juge à se faire l'instrument de cette justice réformatrice dont le socialisme intégral prétend n'être que le terme logique et inéluctable. Il resterait surtout à savoir si les résultats pratiques acquis par la jurisprudence sont en rapport avec la hardiesse apparente de ces innovations : la précision et la rigoureuse logique de certaines des constructions du Code civil allemand risquent de figer le juge dans une casuistique étroite, et, formé par les Universités au

---

(1) Cf. dans une discussion à la Société de législation comparée sur le Code civil allemand et les ouvriers, les observations de M. Saleilles (*Bull. de la Société de Lég. comp.*, 1901, p. 228 à 241).

(2) Saleilles, *Introduction à l'étude du Droit civil allemand*, p. 118.

respect des autorités doctrinales, celui-ci semble moins disposé que le juge français à faire œuvre créatrice (1) : la jurisprudence du Tribunal d'Empire n'a jamais acquis l'autorité, ni la liberté de celle de la Cour de Cassation (2), et les premières années d'application du Code civil allemand n'indiquaient pas que les Tribunaux allemands fûssent disposés à faire un large emploi des pouvoirs que leur conféraient, par exemple, les principes de l'abus de droit ou de la lésion usuraire (3).

D'origine purement coutumière, l'organisation judiciaire a, dans les pays anglo-saxons, gardé un caractère national, traditionnel, parfois très archaïque ; mais, à titre de comparaison ou plutôt de contraste, il y faut faire une rapide allusion.

« Une grande partie, écrivait naguère un juriste anglais, et la meilleure partie du droit anglais, est le droit fait par le juge *(judge made law)* » (4) : jusqu'ici l'Angleterre s'est toujours refusée à une codification du droit privé et les Actes du Parlement n'y jouent encore qu'un rôle secondaire. C'est la *Common law* et l'*Equity law* qui continuent de régir la plus grande partie du droit civil : la *Common law* n'est qu'un ensemble de coutumes et de traditions fondées sur le consentement tacite des populations et consacrées par des décisions judiciaires (5) ; l'*Equity law*, née dès le XIIIe siècle du recours direct au roi, jugeant d'après les seuls principes de la loi naturelle, pour corriger les rigueurs de

(1) Il est même assez curieux que certains juristes allemands, en se plaçant surtout au point de vue de la technique législative, aient estimé que le Code Napoléon avait laissé au juge plus d'indépendance et exigeait de lui plus d'initiative et d'activité personnelle que ne fait le Code civil allemand avec sa réglementation minutieuse et sa terminologie scientifique (Cf. *Bull. de la Société d'Et. législatives*, 1904, p. 401 à 407).

(2) « Lorsque notre justice d'Empire dit le droit, elle ne le fait que pour l'Allemagne; lorsque c'est la Cour de Cassation en France, elle dit le droit pour le monde entier ». (Crome, cité par Saleilles, *Revue de philosophie*, août 1909).

(3) Sur le peu d'usage que les Tribunaux allemands semblent vouloir faire du § 138 du C. c. all. pour réprimer les lésions usuraires dans le contrat de travail, cf. *Bull. de la Société d'Et. lég.*, 1906, p. 243 et s., et Boyaval, *La Lutte contre le Sweating system.*, 1911, p. 218. Il en est à peu près de même du § 226, et la condamnation de l'abus de droit paraît rester à l'état de principe théorique. En 1911, un congrès de juges allemands *(Richtertag)* se prononçait contre le principe théorique de la libre recherche judiciaire.

(4) A. V. Dicey : *Leçons sur les rapports entre le droit et l'opinion publique en Angleterre au XIXe siècle*, trad. franç., Paris, 1906, p. 340.

(5) Glasson, *Droit et Institutions de l'Angleterre*, t. III, p. 20 et s.

la *Common law* ou suppléer à ses défauts (1), s'est elle aussi rapidement soumise à l'autorité des précédents. Qu'elles fûssent appliquées — jusqu'en 1873 — par des juridictions différentes, ou qu'elles soient désormais appliquées l'une et l'autre, suivant les matières, par tous les Tribunaux, elles sont toutes deux l'œuvre des tribunaux et consignées exclusivement dans les recueils de jurisprudence.

C'est donc le juge qui, s'il n'est pas en théorie abstraite le créateur du droit — et pour les juristes anglais la distinction entre l'interprétation et la création du droit n'est qu'une question de terminologie assez arbitraire (2), — a du moins seul mission de le proclamer et d'en définir la portée. Chaque décision rendue est réputée l'expression d'une règle juridique universelle applicable à toutes les espèces semblables, et, par suite, crée un précédent qui fait loi dans des cas identiques : le devoir du juge est donc de rechercher, dans la collection touffue et incessamment accrue des recueils judiciaires, des précédents d'où il puisse déduire la règle applicable à l'espèce. En cas de divergence d'ailleurs — soit que des décisions contradictoires aient été rendues par des juridictions différentes, soit qu'il faille recourir par analogie à des espèces voisines — le nombre et l'autorité des arrêts sont moins pris en considération que l'autorité personnelle des juges qui les ont rendus. Le juge anglais ressuscite ainsi, après le préteur romain, l'exemple de l'autorité doctrinale et de l'autorité officielle réunies dans la même main et associées pour élaborer un système juridique complet.

En fait, à mesure que les précédents se multiplièrent, l'arbi-

---

(1) La coexistence de la *Common law* et de l'*Equity law* ne s'explique que par des raisons toutes historiques : c'est un exemple remarquable du conservatisme anglo-saxon (Glasson, *op. cit.*, t. II, p. 326 et s., t. IV, p. 333 et s., t. V, p. 504 et s., t. VI, p. 422 et s.)

(2) L'administration de la justice, en effet, repose, en Angleterre, sur cette idée théorique que le Droit est déjà promulgué, mais qu'il appartient au juge, et au juge seul, d'indiquer avec une autorité incontestée quelle est la règle juridique applicable. Quant au fondement même du droit, c'est un problème que l'empirisme organisateur des Anglais semble avoir longtemps laissé délibérément de côté : « Au XVII[e] ou au XVIII[e] siècle, si l'on avait demandé au Lord Chancelier ou au Lord Chief justice pourquoi le droit était obligatoire, peut-être auraient-ils considéré cette question comme une atteinte portée au respect dû à la Cour, ou auraient-ils répondu comme un célèbre président, pressé sur une question de règlement : « Dieu seul le sait ! »... Théoriquement, les lecteurs de Hobbes, Bentham et Austin voyaient simplement dans le Souverain la source de tout droit, au-dessus de tout droit, et en dehors de tout droit. » (Harrison, *du Conflit des lois, Journal de droit international privé*, 1880, p. 541).

traire, auquel semble exposé un pareil pouvoir donné au juge, eut un champ plus restreint ; mais aussi, puisque les tribunaux étaient liés par leurs propres jugements, la minutie de la casuistique judiciaire, parfois sa rigueur et son archaïsme, ne tardèrent pas à réduire ce que le caractère purement coutumier de la *Common law*, ce que même le caractère de libre recherche scientifique de l'*Equity Law* auraient dû leur maintenir de souplesse naturelle.

L'histoire du « droit fait par le juge » en Grande Bretagne amènerait à dire que la législation judiciaire est moins sensible qu'un Parlement, du moins quand elle est exercée par un corps aussi indépendant que celui de la magistrature anglaise, aux fluctuations et à la pression de l'opinion, qu'elle est plus soucieuse de logique et de cohésion, plus scientifique ; mais, par la nécessité même où elle est, pour donner quelque sécurité au droit, de rester fidèle à sa jurisprudence, elle a une tendance à maintenir un système juridique fixe, jusqu'à s'immobiliser ; et, si elle tend à s'inspirer peut-être d'une conception de la justice plus haute que celle des assemblées politiques, par contre elle traduit souvent trop exclusivement les conceptions de la classe sociale où se recrutent les juges, et, lente dans son action, reste en général en retard sur l'opinion publique (1). Observations auxquelles il serait imprudent peut-être de donner une valeur trop absolue, mais qui, si on compare ces conséquences du système anglo-saxon au caractère très souple de la jurisprudence française, autoriseraient à conclure, toutes réserves faites sur l'esprit différent des deux peuples, que le juge garde plus de liberté et d'initiative lorsqu'il s'appuie sur un texte de loi et se préoccupe seulement d'en adapter l'interprétation aux circonstances de temps ou d'espèce, que lorsqu'il doit assumer le rôle de législateur et formuler lui-même les principes du droit.

Quant au pouvoir de fait du juge anglais, l'extrême complexité du droit privé les rend difficiles à préciser. Il ressort cependant de l'histoire des institutions juridiques que l'*Equity law*, où le juge se meut plus librement, gagne constamment en compétence sur la *Common law*, comme à Rome le droit prétorien, fondé sur la bonne foi et l'équité, avait peu à peu supplanté et étouffé le vieux droit civil des XII Tables. Et outre qu'en équité, le juge statue seul, sans l'assistance d'un jury (2), les Cours d'équité se

---

(1) Dicey, *op. cit.*, chap. XI : *La législation judiciaire*, p. 340 à 376.

(2) L'adjonction au juge de droit commun, même en matière civile, d'un jury chargé en principe d'apprécier les seuls faits, entravait la liberté

sont toujours attribué dans l'interprétation des conventions des pouvoirs extrêmement larges qui contrastent avec l'interprétation assez stricte de la lettre des conventions à laquelle se tiennent les Cours de droit commun (1). D'autre part, la législation statutaire, qui consacre ou développe à l'ordinaire les résultats atteints par l'*Equity Law*, entraîne elle aussi, à mesure qu'elle se développe, un élargissement corrélatif des pouvoirs du juge (2).

Mais, au vrai, ce n'est pas dans le détail de ces règles légales, trop touffues pour être résumées avec précision, que réside l'originalité essentielle de l'organisation judiciaire anglaise : c'est dans la personne même des juges qu'il la faut chercher, et c'est leur autorité personnelle, plus que les principes constitutionnels, qui leur a permis d'être les principaux, les véritables artisans de l'élaboration juridique. Choisis de tout temps et de règle parmi les juristes les plus considérés du Royaume, garantis par l'inamovibilité et par des traitements opulents contre tout soupçon de partialité ou de vénalité, contre l'arbitraire par leur isolement, puisqu'en principe ils statuent seuls et qu'ainsi leur responsabilité se trouve engagée tout entière dans leurs décisions, très peu nombreux pour la même cause et choisis avec d'autant plus de soin, ils jouissent d'une influence et d'un prestige qui leur assurent toute indépendance à l'égard du Pouvoir, et ils sont considérés à juste titre comme les représentants les plus indiscutés de la science du droit, ce qui, tout naturellement, a fait de leurs arrêts la source ordinaire de la création juridique.

---

du juge par suite de l'impossibilité de dissocier complètement le fait du droit. Considérée longtemps en Angleterre comme le rempart de toutes les libertés, l'institution du jury témoignait d'un sentiment de défiance envers le Souverain et ses représentants, tandis que la création de la juridiction d'équité était au contraire un hommage rendu à sa droiture, une marque de confiance en son impartialité. La coexistence de ces deux juridictions issues de principes opposés est un de ces illogismes apparents qui ne choquent pas l'esprit public anglo-saxon. La tendance actuelle est d'ailleurs de retirer au jury, dont les inconvénients se sont accentués avec l'indifférence que lui-même mettait à remplir sa mission, le plus d'affaires possible : si le tribunal ne peut refuser le jury quand le défenseur le demande expressément, en fait les juges et les parties elles-mêmes y substituent souvent un arbitre rapporteur, ou même le juge statue seul (Glason, *op. cit.*, t. VI, p. 474 et s., 707 et s.)

(1) Cf. les exemples donnés par Glasson, *op. cit.*, t. VI, p. 370 à 385 et 683 à 685.

(2) Cf. un *Act.* du 8 août 1890 contre l'usure qui donne au juge, statuant en équité, toute liberté pour fixer « ce qui est raisonnablement dû en principal et en intérêts » et qui l'autorise à annuler ou à corriger le contrat qu'il estime usuraire. (Brants, *La lutte contre l'usure*, p. 97 à 108).

A n'en juger que par les apparences, le juge américain se rapproche de très près du juge anglais, auquel le rattache une filiation historique encore marquée ; mais en réalité, transplantée dans le Nouveau Monde, les institutions anglo-saxonnes s'y sont développées avec un esprit tout différent.

Aux Etats-Unis, où le respect des droits individuels est à la base de toutes les institutions politiques, les Tribunaux sont considérés comme les protecteurs suprêmes, contre la loi, de l'individu : cette conception ne se traduit pas seulement, comme en Angleterre, par l'institution du jury, qui d'ailleurs offre aujourd'hui moins de garanties encore, et voit aussi son rôle s'y réduire ; elle a son expression la plus caractéristique dans le pouvoir unique qu'y a l'autorité judiciaire de déclarer les lois contraires à la Constitution, et faites en violation des droits essentiels garantis par le Pacte fondamental (1) : ce pouvoir, consacré par la seule tradition et admis au nom du bon sens (2), n'appartient pas seulement à la Cour suprême pour assurer le respect de la Constitution fédérale ; dans l'opinion commune, il appartient aussi aux Cours d'Etat à l'égard des lois d'Etat, et même aux juridictions inférieures, qui ne doivent jamais être tenues de prononcer contre leur conviction et leur conscience.

Pouvoir dangereux peut-être, quoique en théorie il paraisse être une efficace et nécessaire barrière contre l'omnipotence des Assemblées législatives, lorsque le fond de la législation, qui reste constitué par la *Common law* importée d'Angleterre, s'adapte mal aux principes politiques d'une société neuve, très mélangée, démocratique et que, sa force absolue et obligatoire étant discutée, le juge se voit tenté d'user de ce pouvoir pour la réformer ; dangereux surtout, lorsque l'organisation judiciaire n'apporte pas, de la science et de l'autorité du juge, les garanties qu'en donne le régime anglais. Si l'on excepte en effet la Cour suprême, à laquelle l'inamovibilité, le soin apporté aux désignations des juges, le sage

---

(1) La jurisprudence y considère aussi comme un excès de pouvoir, nul de droit, toute loi qui contredit l'équité naturelle (Duc de Noailles, *Cent ans de République aux Etats-Unis*, Paris, 1889, t. I, p. 226).

(2) « Le pouvoir d'interpréter les lois comprend nécessairement le droit de s'assurer si elles sont ou non conformes à la Constitution, et, dans ce dernier cas, de les déclarer nulles et de nul effet » (Story, *Commentaries on the Constitution of the United-States*, Boston 1873, t. II, p. 379), et ailleurs : « Tout gouvernement où n'existe pas un pouvoir judiciaire investi d'attributions égales en étendue à celles du pouvoir législatif est peu sûr et peu digne d'un peuple libre » (*eod. loc.*, p. 377). Cf. aussi Noailles, *op. cit.*, et Carlier, *la République américaine*, 1890, t. IV, p. 124 à 136.

emploi qu'elle sait faire de ses fonctions, ont de toute date assuré une considération et une autorité incontestées, la bonne administration de la justice est compromise aux Etats-Unis par le principe prédominant de l'élection périodique des juges et par l'intrusion constante des partis politiques dans ces élections (1).

Le Code civil suisse ne doit rien à l'exemple de l'Angleterre ni des Etats-Unis ; le parallèle ne serait à pousser plus loin que pour celui qui voudrait scruter l'avenir des institutions démocratiques. Au contraire, cette rapide analyse montre combien, tout original qu'il ait su rester, il porte l'empreinte directe du Code civil allemand, et combien il a subi l'influence de tout le mouvement scientifique, qui, tant en France qu'en Allemagne, a rempli le siècle dernier (2). Du point de vue du droit comparé, la fusion de ces tendances diverses en fait d'ailleurs en bonne part l'intérêt.

Entre la technique savante et systématique du Code civil allemand, trop savante pour être à la portée des modestes tribunaux de première instance de la Suisse, trop systématique peut-être pour ne pas devenir en Allemagne même une entrave à l'évolution, et l'empirisme de la jurisprudence française, hardie et féconde parce qu'elle était l'œuvre de magistrats expérimentés, le Code civil suisse a tenté une conciliation ; entre la discipline précise et étroite des commantateurs du texte légal, et l'indépendance aventureuse des doctrinaires de la libre recherche et du droit juste, il s'est efforcé de tenir une position moyenne.

Les traditions judiciaires et l'esprit politique de la Suisse devaient incliner les rédacteurs du Code à voir dans le juge un arbitre d'équité plutôt qu'un fonctionnaire savant, à faire appel à son bon sens et à la droiture de son jugement plutôt qu'à sa

---

(1) L'indépendance des juges risque surtout d'être compromise lorsque, suivant une pratique qui tend à se répandre, les juges, trahissant le secret des délibérations en Chambre du Conseil, font connaître les dissentiments qui se sont produits entre eux : la responsabilité personnelle devient alors aussi nuisible qu'en Angleterre elle est avantageuse. A comparer avec les inconvénients analogues qu'a révélés en Suisse le système de la délibération publique par le Tribunal Fédéral. Sur les vices de l'organisation judiciaire américaine, cf. Carlier, *op. cit.*, t. IV, p. 33 et s., 137 et s., Noailles, *op. cit.*, t. II, p. 213 et s.

(2) *Exp. Mot.*, p. 6. « La Confédération, écrivait M. Huber, dès avant la préparation du Code civil, doit se proposer la tâche de se donner à elle-même une législation qui réunisse les avantages de la jurisprudence française, et ceux de la jurisprudence allemande; à vrai dire, c'est bien le but qui a été atteint par le Code fédéral des Obligations. C'est même un de ses principaux mérites. » (*System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechts*, t. IV, p. 209). Cf. aussi Reichel ; *Gesetz und Richtersspruch*, notamment p. 47 et s.

finesse de dialectique : par suite à lui donner de larges pouvoirs d'interprétation, et à lui permettre d'adapter librement la règle légale aux circonstances de l'espèce, mais non pas à lui abandonner, comme au juge anglais, le prononcé de cette règle.

Par ailleurs, à trop croire à la bonté native de l'homme et à l'indépendance absolue de l'individu, il était arrivé que le législateur mît parfois dans les conflits du prétoire les honnêtes gens à la merci des plus forts ou des moins scrupuleux. Le Code civil suisse s'est préoccupé de faire régner plus d'équité dans les rapports sociaux. Une certaine tendance moralisante — nous serions tentés un peu de dire : prédicante —, le goût et la pratique de l'égalité politique, le sens naturel qu'a une race de formation toute paysanne du mien et du tien et du compte bon et net, l'y devaient pousser ; mais, pour ce faire, il n'aura eu aussi qu'à imiter et à accentuer les tentatives diverses faites dans le même sens par les législations récentes.

Il est trop tôt pour se demander si le Code civil suisse ne marque lui-même qu'une étape et si ces tendances nouvelles continueront de se développer, soit en Suisse, soit, sous son influence et à son exemple, dans les législations voisines. Du moins, est-il intéressant de s'en servir pour faire le point, comme diraient les marins, et, en le replaçant dans le mouvement général des doctrines juridiques et des courants législatifs, de marquer leur orientation générale, et de mesurer le chemin que, depuis le Code civil français, un siècle leur a fait parcourir.

CONCLUSION

En ce début du XXe siècle, c'est donc une tendance générale et peut-être inévitable d'étendre les pouvoirs du juge : le législateur s'avoue impuissant à réglementer tout le détail des relations juridiques et à suivre d'assez près l'évolution économique ; la jurisprudence s'efforce d'assouplir l'application de la loi et de la plier à tous les besoins qui viennent la solliciter ; la doctrine s'attaque au dogme de la souveraineté absolue et exclusive de la loi, elle réagit contre les excès de l'individualisme juridique ; l'opinion, moins respectueuse qu'autrefois de l'ordre et de la légalité, plus sensible à tous les abus et à toutes les inégalités, se révolte aisément contre les rigueurs du droit strict, et, par un de ces revirements qui lui sont familiers, après avoir longtemps protesté contre l'arbitraire du juge, attend maintenant de son intervention le redressement des injustices, le triomphe d'une équité, que d'ailleurs elle tend parfois à confondre avec son idéal de classe : autant de causes, qui concourent à élargir les attributions des Tribunaux et à leur laisser plus de liberté et d'initiative.

Nous avons essayé de montrer dans quelle large mesure le Code civil suisse s'est inspiré de cette tendance, et comment il a cherché à faire du juge, « évoluant dans le cadre d'une législation souple et flexible, un organe toujours vivant d'individualisation du droit, d'évolution et de progrès » (1). Faut-il, en terminant, porter un jugement sur l'esprit qui a dicté cette méthode et sur les résultats qu'elle peut donner ?

Outre qu'il est bien tôt pour définir avec certitude l'orientation que prennent les Tribunaux suisses, et juger l'emploi qu'ils font des pouvoirs qui leur sont donnés, ce serait méconnaître ce qui constitue le meilleur titre du Code suisse que d'en vouloir faire une critique toute spéculative : moins qu'à satisfaire les philosophes et les logiciens, il a visé à être pratique et à répondre exactement aux vœux du peuple suisse. Conception plus raisonnable et plus saine que celle de ces législateurs révolutionnaires imbus de

(1) Saleilles, *Livre du Centenaire*, I, p. 103.

l'esprit philosophique du XVIIIe siècle, et qui se croyaient appelés à promulguer des constitutions et des lois applicables à l'humanité entière. Mais, dans ces conditions, s'il reste permis d'établir un parallèle entre les solutions adoptées par le Code civil suisse et celles des législations voisines, il n'appartient guère à un étranger d'apprécier si elles ont atteint l'objet que se proposaient ses rédacteurs.

Il est d'autant moins facile de le faire qu'en définitive, quelque système que le législateur adopte, ses effets, heureux ou malheureux, dépendront pour une très grande part de la valeur personnelle des juges qui auront à l'appliquer. La loi veut-elle lier le juge à des méthodes interprétatives rigoureuses, pour prévenir toute incertitude et tout arbitraire ? Maniée par des esprits étroits et serviles, elle aboutit à immobiliser la jurisprudence ; mise en œuvre par des esprits déliés et ingénieux, elle favorise, les Tribunaux français l'ont au XIXe siècle assez montré, une hardiesse d'adaptation et d'invention, qui a vite fait de rompre des entraves artificielles. La loi veut-elle être impérative, précise, détaillée, pour donner aux relations juridiques le maximum de sécurité ? Ces règles inflexibles se révèlent iniques, si les juges ne s'appliquent à en tempérer la rigueur. Et si, au contraire, elle s'en remet le plus possible aux individus de régler le détail de leurs conventions et au juge d'y faire respecter l'équité, elle n'évite les abus de la liberté contractuelle et les incertitudes de la jurisprudence que si les Tribunaux ont une notion assez haute et assez ferme du droit pour plier leur interprétation à une discipline uniforme et se fixer à eux-mêmes les limites de leur intervention.

Il n'est pas de méthode législative qui dispense les juges d'être instruits, sensés, vertueux : le meilleur code laissera des mécomptes, s'il est appliqué par des juges médiocres et qui ne soient pas préparés à leur tâche ; la législation la plus imparfaite pourra donner des résultats satisfaisants, si ses interprètes sont intelligents et audacieux.

Saint Louis, distribuant la justice à ses sujets sous les chênes de Vincennes, n'a pas besoin de recourir à un texte de loi pour rendre une décision équitable qui mette les plaideurs d'accord ; la loi la plus précise n'est, aux mains d'un Fouquier-Tinville, qu'une arme de plus pour faire de la justice un instrument d'oppression et d'iniquité. Il est vrai aussi que l'un trouve dans la *philosophia perennis* à laquelle son esprit se soumet, des principes qui le guident avec sûreté dans la recherche du juste, tandis que l'autre ne met son pouvoir qu'au service des préjugés et des passions populaires. Et peut-être, ce contraste révèle-t-il du même coup le péril qui menace une législation, lorsqu'elle repose sur un sys-

tème philosophique incomplet ou erroné des principes du droit.

Plus le juge est invité et poussé par le législateur à considérer le cas individuel, à se faire l'organe d'une justice d'espèce, qui « gagne en humanité et profondeur ce qu'elle perd en certitude et en précision » (1), plus il serait nécessaire que, pour ne pas s'égarer, il s'appuyât sur des principes fermes et stables : plus fermes et plus stables que ceux de ce « Droit naturel à contenu variable » (2), où ses inventeurs eux-mêmes ne voient qu'une formation purement historique, et qui, étrangère à tout credo philosophique ou théologique, ne peut plus apporter au juge aucune certitude (3).

Sous prétexte d'éviter de la part des Tribunaux une appréciation toute subjective de l'équité, qu'il estimerait être à craindre si le juge s'en rapportait à ses propres conceptions philosophiques ou morales, le législateur suisse le renvoie au critère de la conscience publique, de la morale des honnêtes gens. Chercher dans la conscience populaire l'expression suprême du droit, ce serait ne reconnaître d'autres lois que celles que l'humanité se donne à elle-même, et se soumettre au prétendu dogme d'une perpétuelle évolution. Cette conception s'accorderait avec le principe démocratique de la souveraineté du nombre : mais, si, pour ne pas tourner à un despotisme sans frein, la souveraineté populaire doit elle aussi se considérer comme la délégation d'une autorité supérieure (4), de même la morale sociale et le droit positif doivent traduire et appliquer les préceptes immuables de la loi promulguée par cette autorité supérieure et que postulent d'ailleurs la nature et la fin de l'homme.

Admettons même qu'il ne s'agisse là, dans la pensée du législateur, que d'un critérium de fait, d'une méthode pratique : ce serait admissible à une époque de doctrines assises et de traditions solides, où le droit ne serait pas discuté, où une même con-

---

(1) A. de Tarde, l'*Idée du juste prix*, p. 319.

(2) « Ein Naturrecht mit wechselndem Inhalt » (Stammler, *Wirtschaft und Recht*, p. 685).

(3) Quelque effort qu'aient fait des juristes bien intentionnés d'ailleurs, pour neutraliser le droit et le rendre indépendant de tout credo philosophique ou religieux (Cf. par exemple Saleilles, *De la Déclaration de Volonté*, p. 288. *L'origine du droit et du devoir*, *Revue de philosophie*, août 1909, *in fine*), le droit repose forcément sur des croyances, et l'on ne peut s'accorder sur l'objet de la loi et sur le rôle du juge, si l'on ne commence pas par définir la fin de l'homme : pour la démonstration de cette idée, nous ne pouvons que renvoyer au livre récent de M. Cuche : « *En lisant les juristes philosophes* », spécialement p. 88 et s..

(4) « *Non est enim potestas nisi a Deo* » (St Paul, *Ep. ad Rom.*, XIII).

ception du juste et de l'injuste rallierait l'unanimité des esprits. Nos Sociétés modernes n'en sont malheureusement plus là. A supposer que le juge résiste et échappe aux sollicitations des préjugés de classe, serait-il réduit à se faire l'écho docile des fluctuations de l'opinion moyenne ?

Quelque appui précis qu'il trouve dans la loi, en présence d'un cas concret à trancher, c'est, en dernière instance, à sa raison et à sa conscience qu'il doit demander le critérium du juste et de l'injuste : il faut donc que sa raison ne soit pas abandonnée aux seules et inégales lumières du libre examen, ni sa conscience soumise aux caprices du suffrage universel et de la souveraineté de l'opinion (1).

Nous ne songeons pas à faire là au Code civil suisse un procès de tendance. Il convenait seulement de marquer que la liberté du juge, surtout du juge fonctionnaire ou du juge électif, ne peut être étendue indéfiniment sans compromettre la sécurité du droit, et que, moins la loi les lui dicte, plus il faut qu'il trouve en lui-même les principes directeurs du juste.

Quelle que doive être d'ailleurs, pour assurer une meilleure administration de la justice, l'influence réelle des règles posées par le Code civil suisse, on ne peut contester qu'elles n'aient été inspirées par une haute et généreuse idée de la mission des autorités législative et judiciaire.

Si le Code civil français a été appelé la raison écrite, les rédacteurs du Code civil suisse ont voulu qu'on pût dire de leur œuvre qu'elle était « la conscience écrite ». Maintes fois, au cours de cette étude, nous avons relevé les efforts pratiques du législateur pour réaliser cette noble ambition, et la confiance avec laquelle il a associé les Tribunaux à cette mission.

A l'heure où le monde entier cherche à restaurer une justice qui puisse se régler autrement et mieux qu'à coups de canon, à l'heure aussi où beaucoup prétendent ne plus pouvoir faire appel qu'à la violence et à la révolution pour assurer le rétablissement d'une égalité et d'une justice millénaires, il n'était pas sans intérêt de

---

(1) « En droit, le juge n'a qu'une constatation expérimentale à faire ; mais, en réalité, il s'en rapporte certainement à des préjugés plus ou moins conscients, il s'appuie sur des préférences de groupe qu'il ne peut s'empêcher de partager ; il a dans l'esprit une hiérarchie des types de moralité qui gouverne profondément ses arrêts. Dans une certaine mesure, dans la mesure précisément où l'on veut que le droit approche le plus possible de la morale individuelle, il est inévitable que le magistrat soit au service d'une opinion. » (A. de Tarde, *op. cit.* p. 317-319). Si cela est vrai, il n'en est que plus nécessaire, pour qu'il ne devienne pas l'esclave des erreurs ou des préjugés de l'opinion, qu'il ait un guide plus haut et plus sûr.

signaler, dans la sphère plus modeste de la législation civile, cette tentative faite par un peuple, à qui un vif esprit d'indépendance et de fortes assises sociales, des vertus traditionnelles de bon sens et de probité donnent le sentiment et le respect du droit : en demandant à ses juges d'être des ministres d'équité, il a cherché à s'assurer le bienfait d'une meilleure et d'une plus exacte justice privée ; son espoir ne sera pas déçu si, fidèles à l'esprit du Code, ses magistrats savent unir, à une raison claire, une droite et ferme conscience.

Vu, a Grenoble, le 12 avril 1920.
Le Président de la Thèse,
P. CUCHE.

Vu, a Grenoble, le 12 avril 1920.
Le Doyen de la Faculté de Droit
de l'Université de Grenoble,
L. BALLEYDIER.

Vu et accordé le permis d'imprimer :
Grenoble, le 13 avril 1920.
Le Recteur,
Président du Conseil de l'Université,
F. DUMAS.

BIBLIOGRAPHIE

I. — Travaux préparatoires et Commentaires généraux du Code

Avant-projet de Code civil suisse du Département fédéral de Justice et Police, 1900.

Exposé des Motifs de l'Avant-projet du Département fédéral de Justice et Police (rédigé par le Prof. E. Huber), 1902.

Message et Projet de Code civil suisse du 28 Mai 1904 (*Feuille fédérale suisse*, 1904, IV, p. 1 s.)

Message et Projet du Droit des Obligations, complétant le Code civil suisse, du 3 Mars 1905 (*Feuille fédérale suisse*, 1905, II, p. 1 s.)

Message et Projet du 1er juin 1909 sur la révision du Droit des Obligations (*Feuille fédérale suisse*, 1909, III, p. 725 s.)

Procès-verbaux de la Commission d'Experts du Code civil (dactylographiés, non mis dans le commerce).

Kommentar zum schw. Zivilgesetzbuch, herausgegeben von A. Egger, H. Oser, A. Escher, A. Reichel, C. Wieland — Vol. I-VI, Zürich, 1911-1916.

Kommentar zum schw. Zivilgesetzbuch, herausgegeben von M. Gmur, H. Becker, E. Hafter, H. Haller, H. Leemann, F. Ostertag, H. Rufenacht — Vol. I-IV, Berne, 1909-1912.

Manuel du Droit civil suisse, par Virgile Rossel et F. H. Mentha, vol. I-III, Lausanne, 1912.

Das schw. Obligationenrecht, herausgegeben von A. Fick, Zürich, 1915.

Schw. Rechtslexikon, t. II : Gerichtsorganisation, t. III : Zivilgesetzbuch, herausgegeben von K. A. Brodtbeck, Zürich.

II. — Etudes doctrinales et Monographies

Brants (Victor) : La lutte contre l'usure dans les lois modernes, Louvain, 1907.

Bulletin de la Société d'Etudes législatives, années 1905-1906 : rapports, discussions et documents sur le contrat de travail.

Bulow (Oskar) : Gesetz und Richteramt, Leipzig, 1885.

Capitant (Henri) : Introduction à l'étude du droit civil, 3e éd., Paris, 1912.

CHARMONT (Jean) : La renaissance du Droit naturel, Paris, 1910.
CHAUDÉ (Henry) : Le nouveau Code civil suisse dans l'œuvre de la codification moderne, th., Paris, 1909.
Le Code civil, Livre du Centenaire (par divers auteurs), Paris, 1904.
CORDEY (Eugène) : La notion de l'Abus du droit, *Journal des Tribunaux*, 1905. Vol. 53, pp. 98-107.
CRUET (Jean) : La Vie du Droit et l'impuissance des lois, Paris, 1908.
CUCHE (Paul) : En lisant les juristes philosophes, Paris, 1920.
DEMOGUE (René) : Notions fondamentales de droit privé, Paris, 1911.
DICEY (A. V.) : Le Droit et l'opinion publique en Angleterre, éd. fr., Paris, 1906.
EGGER (A) : Schweizerische Rechtssprechung und Rechtswissenschaft Rektoratsreden, Berlin, 1913.
— : Das Schweizerische Zivilgesetzbuch vom 10 Déc. 1907, *Archiv für Rechts-und Wissenschaftsphilosophie*, septembre, 1908, pp. 111-121.
EHRLICH (Eugen) : Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft-Leipzig, 1903.
FICK (A) : Die Sittlichkeit als Schranke der Vertragsfreiheit — *Schweizerische Juristen Zeitung*, 15 mars 1914, t. X, pp. 281-286.
FRISTSCHE (Hans) : Aus der Rechtspflege einer Demokratie, Zürich, 1919.
— : Deutsch und Welsch in schw. Privatrecht — *Politisches Jahrbuch der schw. Eidgenossenschaft*, 1917, pp. 63-152.
— : Zwei Jahre Zivilgesetzbuch, Zürich, 1915.
GÉNY (François) : Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, 2[e] éd., 2 vol., Paris, 1919.
GMUR (Max) : Die Anwendung des Rechtes nach Art. 1 des schweizerischen Zivilgesetzbuches — *Abhandlungen zum schw. Recht*, N° 26, Berne, 1908.
GNAUS FLAVIUS *(Kantorowicz)* : Der Kampf um die Rechtswissenschaft, Heidelberg, 1906.
GOUNOT (Emmanuel) : Le Principe de l'autonomie de la volonté en droit privé, contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique, th., Dijon, 1912.
HEGETSCHWEILER (Otto) : Der Schutz des guten Glaubens nach dem schweizerischen Zivilgesetzbuch-Sachenrecht, Diss. jur., Zürich, 1912.
HUBER (A) : Zur Kodifikation des Rechtsmissbrauches — *Schweizerische Juristen Zeitung*, Vol. II, année 1905-1906, pp. 267-269.
HUBER (Eugen) : Bewährte Lehre — *Politisches Jahrbuch der schweizerischen Eidgenossenschaft*, 1911, t. XXV, pp. 3-59.
— : System und Geschichte des schweizerischen Privatrechts, Vol. I-IV, Bâle, 1886-1893.
— : Ueber soziale Gesinnung — *Politisches Jahrbuch der schweizerischen Eidgenossenschaft*, 1912, t. XXVI, pp. 67-133.
HUBER (Karl) : Ueber den Rechtsmissbrauch (Schw. Z. G. B., Art. 2) Diss. jur., Berne, 1909.

HUGUENEY (Louis) : L'idée de peine privée en droit contemporain, th., Dijon, 1904.

KUHN (Hans) : Die Beweislast, insbesondere in schw. Zivilgesetzbuch. Diss. jur., Berne, 1912.

LAMPERT (U) : Das schweizerische Bundesstaatsrecht. Zurich, 1918.

MARTIN (Alfred) : Observations sur les deux premiers articles de l'Avant-projet du Code civil suisse. *Semaine judiciaire de Genève*, 7 janvier 1901.

— : Observations sur les pouvoirs attribués au juge par le Code civil suisse, Genève, 1909.

MEYER (J. D.) : Esprit, origine et progrès des Institutions judiciaires dans les principaux pays de l'Europe. 4 vol. 2e éd., Paris, 1829.

MEYNIAL (Edouard) : La déclaration de volonté. *Revue trimestrielle de droit civil*, t. I, 1902, p. 545 s.

MORNET (Marcel) : Du rôle et des droits de la jurisprudence en matière civile, th., Paris, 1904.

PFENNINGER (Hans Felix) : Uebung und Ortsgebrauch im schw. Zivilgesetzbuch. Diss. jur., Zürich, 1911.

PICOT (Albert) : De l'interprétation du Code Napoléon à celle du Code civil suisse. *Schweizerische Juristen Zeitung*, Vol. V, 1909-1910, p. 243 s.

PICTET (Paul) : L'élection des Juges par le peuple. Diss. jur., Genève, 1904.

PIGUET (Edouard) : Le Déni de justice, étude théorique et pratique de la jurisprudence fédérale. Diss. jur., Lausanne, 1907.

POZZY (Cuno) : Begriff und Anwendung des « wichtigen Grundes » im schw. Zivilgesetzbuch. Diss. jur., Berne, 1917.

RAULINE (René) : Etude sur le Tribunal fédéral suisse, th., Paris, 1904.

REICHEL (Hans) : Gesetz und Richterspruch, zur Orientierung ueber Rechtsquellen-und Rechtsanwendungs-lehre der Gegenwart — Zurich, 1915.

RUMELIN (Max) : Der Vorentwurf zu einem schw. Zivilgesetzbuch — *Jahrbuch der schweizerischen Eidgenossenschaft*, 1901, N° 3.

SALEILLES (Raymond) : De la Déclaration de volonté, contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand, Paris, 1901.

— : Ecole historique et Droit naturel — *Revue trimestrielle de droit civil*, 1902, t. I, p. 80 s.

— : Introduction à l'étude du droit civil allemand, Paris, 1904.

— : L'Origine du Droit et du Devoir — *Revue de Philosophie*, t. XV, Août 1909.

SOURIAC (Alexandre) : L'évolution de la juridiction fédérale en Suisse, th., Toulouse, 1909.

SPECKER (Karl) : Die Persônlichkeitsrede mit besonderer Berücksichtigung des Rechtes auf die Ehre im schw. Privatrecht. Diss. jur., Zürich, 1910.

STAHELIN (Max) : Zu Art. 3 § 1 des Zivilgesetzesentwurfs-*Zeitschrift für schw. Recht*, 1907, Vol. 26, pp. 355-376

Stammler (Rudolf) : Die Lehre von dem richtigen Recht, Berlin, 1902.
— Va « Recht », « Vertrag und Vertragsfreiheit » dans le *Handwörterbuch der Staatswissenschaften* — Vol. VII et VIII.

Tarde (A. de) : L'idée du juste prix, th., Paris, 1906.

Trueb (Hans) : Der Rechtsmissbrauch (Schikane) im modernen Recht, unter besonderer Berüksichtigung von. Art. 2 § 2 des schw. Zivilgesetzbuches. Diss. jur., Berne, 1909.

Ulrich (Konrad) : Die Bestellung der Gerichte in den modernen Republiken — Diss. jur., Zürich, 1904.

Wittmayer (Leo) : Richter als Gesetzgeber, Vienne, 1913.

Zurcher (Emil) : Die Grenzen der Vertragsfreiheit, Diss. jur., Zürich, 1912.

TABLE DES MATIÈRES

Imprimerie Saint-Bruno
F. Eymond, Dir.
11, Rue Casimir-Brenier, Grenoble

